# Die rechtliche Stellung des Schiedsrichters ::

# Die rechtliche Stellung des Schiedsrichters.



## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer hohen Juristenfakultät
der Grossherzoglich-mecklenburgischen Landesuniversität
zu Rostock vorgelegt

von

**Otto Neutze**
Kammergerichtsreferendar
Frankfurt a. Oder.

1909.
Franz Köhler, Frankfurt a. Oder.

Meinem Vater!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0109

# Literaturverzeichnis.


Arndt, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Averdick, Die Haftung des Schiedsrichters für einen unrichtigen Schiedsspruch. (Diss. Freiburg 1904.)

Bornhack, Schiedsverträge und Schiedsgerichte nach geschichtlicher Entwickelung und geltendem Rechte in Band XXX der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess.

Daubenspeck, Die Schiedsgerichte für Regulierung der Bergschäden. Berlin 1883.

Delius, Die Haftpflicht der Beamten. Berlin 1901.

Dernburg, Pandekten. Berlin 1884.
Lehrbuch des preussischen Privatrechtes. Halle 1881.

Dock, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten im Archiv für öffentliches Recht. Band XVI.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Band I, 9. Aufl. Berlin 1903.
Lehrbuch des Zivilprozesses.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Foerster-Eccius, Preussisches Privatrecht. Band I und II, 7. Aufl. Berlin 1896.

Gaupp-Stein, Zivilprozessordnung für das deutsche Reich. 8. und 9. Aufl., Tübingen 1908.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Band VI, I. Abteilung. Erlangen 1800.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes.

Hüssener, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht. (Diss.)

Kirbach, Die Haftung des Beamten nach B. G. B. § 839. (Diss. Leipzig 1907.)

Koch, Preussisches Privatrecht. 3. Aufl. 1857.

Linkelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem B. G. B. für das deutsche Reich. Berlin 1898.

Mathiass, Die Entwickelung des römischen Schiedsgerichts. Rostock 1888.

Mayer, Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Rechte. (Diss. Erlangen 1888.)

Meltz, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 B. G. B. Leipzig 1904.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.
Motive zum Entwurfe einer Zivilprozessordnung in Hahn, die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.

Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 2. völlig umgearbeitete Aufl. Berlin 1906.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. vermehrte und verbesserte Aufl. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1907.
Petersen-Anger, Zivilprozessordnung für das deutsche Reich. Bd. II, 4. vollständig umgearbeitete Aufl. Lahr 1901.
Puchta, Das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner Brauchbarkeit für Abkürzung und Minderung der Prozesse. Erlangen 1823.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band II, 8. neu bearbeitete Aufl. München 1903.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1869.
von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. und 4. neu bearbeitete Aufl. München 1908.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich. 8. umgearbeitete Aufl. Berlin 1901.
Sydow-Busch, Z. P. O. und G. V. G. 9. Aufl. Berlin 1901.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses. Band I, Leipzig 1885.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Band II. Stuttgart 1905.
Weizsäcker, Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium judicis. Tübingen 1879.
Wiesner, Ueber die Wirkungen des inländischen Schiedsspruches nach der Z. P. O. (Diss. Erlangen 1906.)
Wilmowsky-Levy, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 2. vermehrte und verbesserte Aufl. Berlin 1881.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl. Frankfurt a. M. 1882.
Blätter für Rechtspflege.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. Herausgegeben von Busch, jetzt von Schultzenstein & Vierhaus.

# Inhaltsverzeichnis.

Einleitung . . . . . Seite 9

I. Abschnitt.

§ 1. Die Fähigkeit zum Amte . . . . . „ 9

§ 2. Die Ernennung des Schiedsrichters . . . . . „ 14

II. Abschnitt.

§ 3. Der Vertrag mit dem Schiedsrichter . . . . . „ 18

§ 4. Die Klage aus dem Rezeptum . . . . . „ 26

III. Abschnitt.

§ 5. Die Tätigkeit des Schiedsrichters im Verfahren . . „ 29

§ 6. Die Haftung des Schiedsrichters . . . . . „ 46

§ 7. Beendigung des Rezeptum und Schlussbemerkung . „ 55

# Einleitung.

Bei der Behandlung des vorliegenden Themas benötigt es sich, zunächst kurz die Voraussetzungen zum Erwerb des Schiedsrichteramtes, d. h. die Fähigkeit zum Amte und die Ernennung des Schiedsrichters, zu betrachten. Sodann wäre das Verhältnis des Schiedsrichters zu den streitenden Parteien und endlich die Tätigkeit des Schiedsrichters im Verfahren selbst und seine Haftung zu erörtern.

---

# I. Abschnitt.

## § 1.

### Die Fähigkeit zum Amte.

Durch den § 1025 Z. P. O. hat der Gesetzgeber mehreren sich streitenden Parteien Gelegenheit gegeben, die Entscheidung des Rechtsstreites unter Umgehung der ordentlichen Gerichte durch ein im Wege der Vereinbarung zustande gekommenes Privatgericht entscheiden zu lassen, insoweit die Parteien berechtigt sind, über den Rechtsstreit einen Vergleich zu schliessen. Die mit der Entscheidung betrauten Richter sind in der Regel Laien, denen die Gesetzeskunde fehlt, wie sie notwendig ist, einen Prozess nach dem geltenden formellen und materiellen Rechte durchzuführen und zu entscheiden. Die sich streitenden Parteien werden daher auf die persönlichen Eigenschaften der von ihnen mit der Entscheidung des Rechtsstreites betrauten Richter besonderes Gewicht legen.

In der Ernennung jemandes zum Schiedsrichter liegt infolgedessen das Vertrauen der Kompromissparteien, dass der Ernannte imstande ist, einmal überhaupt durch ein Urteil, hier den Schiedsspruch, den Rechtsstreit beilegen zu können, dann aber auch dies Urteil unabhängig und unparteiisch wie der Staatsrichter zu fällen.

Ermangelt dem Schiedsrichter zwar in den meisten Fällen eine genaue Kunde insbesondere des bei der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte notwendigen materiellen Rechtes, so ist dem gegenüber anzunehmen, dass er hinsichtlich des streitigen Objektes eine vielleicht gerade dem Staatsrichter abgehende besondere Sachkenntnis besitzt. Ja, diese Eigenschaft wird in der Regel beim Schiedsrichter vorhanden sein, wenn man schon den Umstand in Erwägung zieht, dass die Parteien häufig nur, um einer schwierigen und oft zweifelhaften Beweisführung durch Sachverständige vor den ordentlichen Gerichten aus dem Wege zu gehen, sich auf die Entscheidung des Rechtsstreites durch Schiedsrichter geeinigt haben. Die heutige Gesetzgebung hat den Parteien in der Wahl der Persönlichkeiten zum Schiedsrichteramt freie Hand gelassen. Sie können nach ihrem Belieben wählen und werden dann selbstverständlich schon in eigenem Interesse nur solche Schiedsrichter sich aussuchen, die betreffs des Streitobjektes die notwendige Sachkenntnis besitzen.

Sind die Parteien, wie eben gesagt, in der Wahl des Schiedsrichters frei, d. h. insofern sie bei der Vornahme derselben nicht unbedingt an das Erfordernis bestimmter Eigenschaften gebunden sind, so wäre es verfehlt, eine in jeder Hinsicht unbeschränkte Wahlfreiheit anzunehmen. Das wäre zu weit gegangen. Es könnte ja dann eine Partei, der das Verfahren nicht behagt, eine Person zum Schiedsrichter bestellen, von der von vornherein anzunehmen ist, dass sie vollkommen unfähig ist, ihr Amt zu erfüllen. Man hätte auf die Weise den Parteien ein Mittel gegeben, jedes schiedsrichterliche Verfahren illusorisch zu machen. Für solche Fälle mussten daher und sind auch vom Gesetzgeber besondere Massnahmen vorgesehen. Die Z. P. O. enthält zwar keine Bestimmung, auf Grund deren jemand infolge persönlicher Qualität vom Amte ausgeschlossen ist, sondern sie hat gegen den Irrtum der den Schiedsrichter ernennenden Partei oder des Dritten, sowie gegen den Missbrauch, den eine Partei zum Nachteile ihres Gegners mit dem ihr eingeräumten Ernennungsrechte treiben kann, durch ein im weitesten Umfange gestattetes Ablehnungsrecht ein Korrektiv gewährt.[1])

[1]) Motive z. Entw. Band III Seite 474.

Dieses Ablehnungsrecht enthält der § 1032 Z. P. O. Danach kann zunächst ein Schiedsrichter abgelehnt werden aus demselben Grunde und unter denselben Voraussetzungen, die zur Ablehnung eines Staatsrichters berechtigen. Es wird also der § 42 Z. P. O. analog anzuwenden sein. Zu beachten ist dabei, dass hier die Gründe, die einen Staatsrichter vom Amte ausschliessen (conf. § 41 Z. P. O.), nur als Ablehnungsgründe in Betracht kommen. Dies ist insofern von Bedeutung, als dann die Ablehnung wegen eines der im § 42 Z. P. O. angegebenen Gründe durch Einlassung und Antragstellung nach § 43 Z. P. O. ausgeschlossen ist.[1]) Der Schiedsrichter soll zwar einerseits die Interessen der Partei, die ihn ernannt hat, vertreten, er muss jedoch andererseits die Entscheidung unabhängig von dieser, also unparteiisch und sachlich, wie der Staatsrichter, fällen. Naturgemäss kann deshalb ein Schiedsrichter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn er der ihn ernennenden Partei im Voraus versprochen hat, zu ihren Gunsten zu entscheiden.[2]) Ein Schiedsrichter kann ferner abgelehnt werden, wenn er die Erfüllung seiner Pflicht ungebührlich verzögert, jedoch ist diese Ablehnung nur bei einem solchen Schiedsrichter möglich, der nicht im Schiedsvertrage ernannt ist, denn wenn der säumige Schiedsrichter im Schiedsvertrage ernannt ist, so würde durch sein ungebührliches Zögern der Schiedsvertrag ausser Kraft treten, also ein weiteres schiedsrichterliches Verfahren unzulässig sein (conf. § 1033 Abs. 1 Ziffer 1 Z. P. O.). Endlich können gemäss § 1032 Z. P. O. abgelehnt werden Frauen, Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, denen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind. Das Ablehnungsrecht dürfte wohl noch auszudehnen sein auf die wegen Geistesschwäche Entmündigten und die nach § 1906 B. G. B. aus diesem Grunde unter vorläufige Vormundschaft Gestellten, da diese in Bezug auf ihre Geschäftsfähigkeit den Minderjährigen gleich behandelt werden (§ 114 B. G. B.). Die

---

[1]) Entsch. d. R. G. Band XXXXIV Seite 391 ff.

[2]) O. L. G. Hamburg Rechtspr. d. O. L. G. Bd. IV S. 205; dgl. conf. Jur. Wochenschr. 93 S. 459: Ablehnung eines Rechtsanwalts, der regelmässig Rechtsbeistand ist. R. G. Bd. XXIX S. 319; Gruchot, Beiträge Bd. XXXVI S. 1216: Ohne ausdrückliche Ablehnung darf niemand in eigener Sache Schiedsrichter sein.

wegen Trunksucht oder Verschwendung Entmündigten, sowie die aus diesem Grunde unter vorläufige Vormundschaft Gestellten sind, obgleich auch sie im allgemeinen in rechtlicher Beziehung Minderjährigen gleich behandelt werden, m. E. nicht der Ablehnung aus § 1032 Z. P. O. verfallen; denn wenn sie auch nur beschränkt geschäftsfähig sind, so sind sie doch im Gegensatz zu den wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche Entmündigten wohl einer vernünftigen Ueberlegung und Willenserklärung fähig.[1])

Ein Ablehnungsrecht ist nicht vorhanden, wie bereits oben erwähnt, wenn die Schiedsrichter im Schiedsvertrage ernannt sind und wenn das Vorhandensein des Ablehnungsgrundes den Parteien bei der Ernennung bekannt war.[2])

Petersen[3]) spricht in seinem Kommentar von Unfähigkeit zum Schiedsrichteramt hinsichtlich verschiedener Personen. Er rechnet hierzu die Personen, die bereits durch den Schiedsvertrag ausgeschlossen sind, ferner geschäftsunfähige und juristische Personen.

Hinsichtlich der ersteren kann man m. E. nicht von Unfähigkeit sprechen. Ist zwischen den Parteien im Schiedsvertrage oder auf eine andere Weise vereinbart worden, dass eine bestimmte Person nicht Schiedsrichter sein soll, so ist darin m. E. nur eine Ausübung des Ablehnungsrechtes beider Parteien im Wege gegenseitiger Vereinbarung zu finden. Würde eine Partei jene Person später doch ernennen, so stände der anderen Partei der im § 1029 Z. P. O. bezeichnete Weg offen. Bei Geschäftsunfähigen dagegen trete ich unbedenklich der Ansicht Petersens bei. Denn wenn die Geschäftsunfähigen auch nicht ausdrücklich vom Gesetz ausgeschlossen sind, so ist ein Schiedsspruch, bei dessen Fällung ein Geschäftsunfähiger mitgewirkt hat, insofern von vornherein unwirksam, als ja die geschäftlichen Erklärungen eines Geschäftsunfähigen nichtig sind (conf. B. G. B. § 104 und 105). Dagegen kann der Ansicht Petersens, dass eine juristische Person nicht zum Schiedsrichter ernannt werden kann, nicht beigetreten

[1]) Motive z. Entw. III S. 474.
[2]) Jur. Wochenschr. 96 S. $283_{15}$, 99 S. $538_{24}$.
[3]) Anmerkung 2 zu § 1032.

werden. Petersen sagt, es könnten nur physische Personen einen Schiedsspruch fällen. Das wird zugegeben. Aber zu berücksichtigen ist, dass eine juristische Person genau dieselbe Handlungsfähigkeit besitzt, wie eine vollhandlungsfähige physische Person, und dass sie ihre Rechtshandlungen stets durch ihre Organe vornimmt. Wird deshalb ein Kompromiss auf eine juristische Person geschlossen, so ist damit gesagt und entspricht der Absicht der Kompromissparteien, dass die Ausübung der schiedsrichterlichen Tätigkeit durch die Organe der juristischen Person erfolgen soll.[1]) In der Tätigkeit dieser als Schiedsrichter findet Petersen aber keine Bedenken.

Hieran wäre noch eine Bemerkung zu knüpfen über die Berufung einer öffentlichen Behörde als Schiedsgericht.

Die Motive zum Entwurf III Seite 474 geben zu, dass ein Kompromiss auf eine öffentliche Behörde als solche nicht ausgeschlossen ist, dass es sich aber nach den in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten geltenden Vorschriften entscheidet, ob eine Behörde das Schiedsrichteramt übernehmen kann und darf. Seit 1900 haben wir aber ein einheitliches deutsches Rechtsgebiet und es ist wohl nirgends eine Bestimmung vorhanden, die heute einen Kompromiss auf eine öffentliche Behörde ausschliesst. Lediglich wird es darauf ankommen, ob die Geschäftsordnung einer Behörde die Berufung derselben als Schiedsgericht zulässt.[2])

Ist nun aus einem der angegebenen Gründe ein Schiedrichter von einer Partei abgelehnt und der Ablehnungsgrund von der anderen Partei anerkannt, bezw. hat der Schiedsrichter infolge der Ablehnung sein Amt niedergelegt, so bedarf es naturgemäss keiner weiteren gerichtlichen Entscheidung. Ist aber die Gegenpartei nicht mit der Ablehnung einverstanden, so muss ein Ablehnungsgesuch bei dem nach § 1045 Z. P. O. zuständigen Gericht eingereicht werden, das in einem Beschlussverfahren darüber entscheidet. Das Schiedsgericht kann aber das Verfahren

---

[1]) Gl. M. Wach, Zivilprozess Bd. I S. 70 zu b.

[2]) So kann z. B. ein staatliches Gericht als Schiedsgericht berufen werden; z. B. Uebernahme des Schiedsrichteramtes durch das R. G., Geschäftsordnung des R. G. vom 25. Juli 1886, Zeitschrift für Z. P. Bd. X S. 442 ff. — Ueber Berufung eines preussischen Provinzialausschusses oder Landtages, Entsch. d. R. G. Bd. XII S. 407 ff.

trotz Einreichung des Ablehnungsgesuches unter Beteiligung des Abgelehnten fortsetzen (§ 1037 Z. P. O.). Es kann aber auch wieder, falls dem Ablehnungsgesuch stattgegeben wird, die Aufhebung des Schiedsspruchs, bei dessen Abfassung sich der abgelehnte Schiedsrichter beteiligt hat, gemäss § 1041 Z. P. O. beantragt werden.

## § 2.

### Die Ernennung des Schiedsrichters.

Nach den Bestimmungen der Z. P. O. (§ 1028 29) braucht der Schiedsrichter im Schiedsvertrage nicht ernannt zu sein. Ebensowenig ist es notwendig, die Anzahl der Schiedsrichter im Schiedsvertrage festzusetzen. Schon aus praktischen Gründen ist vom Gesetzgeber vorgesehen, dass die Ernennung des Schiedsrichters ausserhalb des Schiedsvertrages z. B. erst bei Entstehen der Streitigkeit möglich ist. Solche Bestimmung war unbedingt geboten mit Rücksicht auf § 1026 Z. P. O. Wenn der Gesetzgeber einen Schiedsvertrag über künftige Streitigkeiten zulässt, die aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entstehen, so kann er den Parteien nicht zumuten, dass, wenn die Ernennung im Schiedsvertrage eine notwendige wäre und einer der Fälle des § 1033 Abs. 1 Ziffer 1 einträte, sie dann jedes Mal einen neuen Schiedsvertrag schliessen müssten, da ja der alte Vertrag nach § 1033 Ziffer 1 ausser Kraft getreten ist. Es wird vielmehr bei einem nach § 1026 Z. P. O. geschlossenen Vertrage praktisch sein, erst im Falle des Entstehens einer Streitigkeit der gedachten Art die Schiedsrichter zu ernennen.

Die Vorschriften der Z. P. O. über die Ernennung des Schiedsrichters sind dispositiver Natur. Die Parteien können ohne Weiteres schon im Schiedsvertrage bestimmen, auf welche Weise die Schiedsrichter ernannt werden sollen, ohne Rücksicht auf § 1029 Z. P. O. Infolgedessen kann häufig der Fall eintreten, dass durch bestimmte im Schiedsvertrage enthaltene Vereinbarungen die Anwendung der §§ 1028, 1029 Z. P. O. nicht möglich ist,[1]) so z. B., wenn im Schiedsvertrage bestimmt ist, dass die Parteien einen Schiedsrichter gemeinsam ernennen sollen.

[1]) Jur. Wochenschr. 92 S. 95.

Sie müssten sich dann über die Person des Schiedsrichters einigen. Lehnt aber die eine Partei den von der anderen Partei vorgeschlagenen Schiedsrichter ab, einigen sich also die Parteien nicht, so ist der Schiedsvertrag unausführbar und damit hinfällig. Die vorschlagende Partei – es muss die klagende sein – kann dann ohne Weiteres den gerichtlichen Klageweg beschreiten. Auf Gegenvorschläge der anderen Partei braucht sie sich nicht einzulassen. Auch kann der klagenden Partei nicht entgegengesetzt werden, dass sie durch offenbar ungeeignete Vorschläge, auf die einzugehen dem Gegner nicht möglich war, das Zustandekommen des Schiedsgerichts vereitelt habe.[1])

Die Ernennung kann im Vertrage auch einem Dritten überlassen sein, der dabei nicht individuell bestimmt zu sein braucht, wenn er nur erkennbar bezeichnet ist.[2]) Zweifellos hat der Dritte die Wahl nach billigem Ermessen vorzunehmen. Das erheischt schon das Vertrauen der Parteien, die ihn mit der Wahl der Richter über die zwischen ihnen bestehende Streitigkeit betraut haben. Aber auch nur dieses Vertrauen! Denn „das billige Ermessen" auf Grund der § 317 ff. B. G. B. hier zu konstruieren, ist m. E. nicht möglich, da die Ernennung eines Schiedsrichters keine Bestimmung einer Leistung im Sinne dieser Bestimmungen des Schuldrechtes ist.[3]) Dagegen spricht schon § 310 Abs. 1 B. G. B., wonach die Bestimmung durch Urteil erfolgen soll, wenn sie offenbar unbillig ist, oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will, oder wenn er sie verzögert; denn wenn schon in diesem Falle die Ernennung eines Schiedsrichters durch das Staatsgericht erfolgen könnte – nach Analogie des § 1029 Abs. 2 Z. P. O. – so müsste sie nicht durch Urteil, sondern gemäss § 1045 Z. P. O. durch Beschluss erfolgen. Davon abgesehen, wird aber m. E. der Schiedsvertrag hinfällig, falls der Dritte die Ernennung des Schiedsrichters nicht treffen kann oder will oder sie verzögert. Es muss hier eben § 1033 Ziffer 1 analoge Anwendung finden; denn wie die Ernennung der Schiedsrichter im Schiedsvertrage, wenn sie einmal darin erfolgt, ein wesentlicher Bestandteil desselben ist, so gilt das ebenso von

[1]) R. G. Bd. XXXIII S. 268.
[2]) R. G. Bd. XXVI S. 374, Bd. LIII S. 1 ff.
[3]) A. M. Gaupp Erl. Abs. 2 (§ 1028).

der Bestimmung, dass ein Dritter die Ernennung der Schiedsrichter vornehmen soll. Ferner gilt § 1029 Abs. 2 Z. P. O. nur für den Fall, dass die Ernennung beiden Parteien zusteht, und von diesen beiden Parteien die eine ihr Ernennungsrecht infolge Nichteinhaltens der gemäss § 1029 Abs. 1 Z. P. O. festgesetzten Frist verloren hat.

Enthält der Schiedsvertrag gar keine Bestimmungen über die Ernennung des Schiedsrichters, so finden die Vorschriften der §§ 1028/29 Z. P. O. Anwendung. Es soll dann von jeder Partei ein Schiedsrichter ernannt werden; die betreibende Partei hat dem Gegner schriftlich den von ihr ernannten Schiedsrichter zu bezeichnen. Es genügt also nicht mündliche Mitteilung. Gleichzeitig mit der Bezeichnung des Schiedsrichters hat die betreibende Partei die Aufforderung an die Gegenpartei ergehen zu lassen, binnen einer Frist von einer Woche ebenfalls einen Schiedsrichter zu ernennen. Die Frist wird berechnet nach § 188 Abs. 2 B. G. B.[1]) Die zur Ernennung aufgeforderte Partei wahrt die ihr gesetzte Frist durch formlose Mitteilung an die betreibende Partei, dass auch sie ihrerseits einen Schiedsrichter ernannt habe. Es ist nicht erforderlich, dass dieser das Amt auch schon angenommen hat.[2])

Lässt die aufgeforderte Partei die Frist verstreichen, so verliert sie das Recht, einen Schiedsrichter zu ernennen, während die Gegenpartei das Recht erlangt, die Ernennung des noch fehlenden Richters durch das zuständige Staatsgericht zu beantragen. Die Ernennung erfolgt in einem besonderen Beschlussverfahren gemäss § 1045 Z. P. O. Die betreibende Partei kann wohl noch der säumigen Partei das Ernennungsrecht wieder einräumen, jedoch ist eine nachträgliche Ernennung ohne Zustimmung des Gegners unzulässig, selbst für den Fall, dass über den beim Gericht eingereichten Antrag auf Ernennung eines Schiedsrichters noch nicht entschieden oder derselbe noch gar nicht eingereicht

[1]) Conf. § 220 Abs. 2 B. G. B. betr. die Verjährung. Dasselbe gilt hinsichtlich der Ersitzung conf. § 941 B. G. B., daher genügt zur Unterbrechung der Verjährung bzw. Ersitzung die Mitteilung der betreibenden Partei im Sinne des § 1029 Abs. 1 Z. P. O.

[2]) O. L. G. Breslau S. A. Bd. LIII Nr. 206.

ist.[1]) Es kann hier § 231 Abs. 2 Z. P. O. nicht angewendet werden, denn diese Vorschrift bezieht sich nur auf Prozesshandlungen, zu denen aber die Ernennung der Schiedsrichter nicht gehört. Sie ist ja kein Teil des schiedsrichterlichen Verfahrens, sondern eine infolge einer zivilrechtlichen Verpflichtung vorgenommene Handlung, durch die das schiedsrichterliche Verfahren eingeleitet wird.

Hat die aufgeforderte Partei die Frist zur Ernennung versäumt, so fragt es sich, ob dann nicht die betreibende Partei ein Rücktrittsrecht vom Schiedsvertrage im Sinne des § 286 Abs. 2 B. G. B. oder des § 326 B. G. B. hat. Dies ist in jedem Falle zu verneinen. Nach § 286 Abs. 2 B. G. B. müsste für die betreibende Partei kein Interesse mehr an dem Zustandekommen des Schiedgerichts vorhanden sein, wenn sie vom Schiedsvertrage zurücktreten wollte. Das ist aber ausgeschlossen, weil das Interesse für das Zustandekommen des Schiedsgerichts der Natur der Sache entsprechend noch vorhanden ist. Das beweist schon die Aufforderung an die andere Partei, gleichfalls einen Schiedsrichter zu ernennen. Wäre ein Rücktrittsrecht nach § 326 B. G. B. begründet, so müsste der Schiedsvertrag unter die Kategorie der gegenseitigen Verträge fallen. Für einen solchen im Sinne des B. G. B. kann er aber kaum angesehen werden – man vergl. nur § 320 B. G. B. Ein einseitiger Rücktritt ist schon insofern völlig ausgeschlossen, selbst bei Versäumnis der anderen Partei, weil der betreibenden Partei noch immer die Möglichkeit gegeben ist, das Schiedsgericht durch den Antrag auf Ernennung durch das zuständige Gericht nach Massgabe des § 1029 Abs. 2 Z. P. O. zustande zu bringen. Die säumende Partei könnte infolgedessen, wenn die betreibende Partei zurücktreten und die Streitigkeit vor die staatlichen Gerichte bringen wollte, noch immer mit Erfolg die Einrede, dass die Streitigkeit durch ein Schiedsgericht entschieden werden müsse, entgegensetzen (§ 274 Abs. 2 Ziffer 3 Z. P. O.). Zudem fehlen dem Schiedsvertrage die Hauptmomente, die einem obligatorischen Vertrage eigentümlich sind. Durch den Schiedsvertrag entsteht keine Verpflichtung zu einer Leistung, sodass auf diese geklagt werden

[1]) R. G. Bd. XXXXV S. 382.

kann. Das geht schon aus § 1029 Z. P. O. hervor, denn die säumige Partei kann nicht zur Ernennung des Schiedsrichters gezwungen werden. Sie verliert eben durch ihr Säumen ihr Ernennungsrecht. Der Schiedsvertrag begründet vielmehr lediglich die Berechtigung zu einer Leistung, um, wenn sie bewirkt ist, ein Gleiches von dem Kompromissgegner zu verlangen, ohne jedoch diesen dazu zu verpflichten. Dass eine solche Verpflichtung nicht besteht, ergibt sich daraus, dass, wie dies bei allen obligatorischen Verträgen der Fall ist, Schadenersatz wegen Nichterfüllung unter keinen Umständen verlangt werden kann; wohl könnte im Schiedsvertrage eine Konventionalstrafe für den Fall der Nichternennung festgesetzt werden, das ist aber noch lange nicht eine Verpflichtung zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung, wie sie aus einem obligatorischen Vertrage heraus für eine Partei erwachsen kann.

Ist nun ein Schiedsrichter von einer Partei ernannt worden, so ist diese Partei der anderen gegenüber an die Ernennung gebunden, sobald sie Anzeige von der Ernennung erhalten hat.

---

# II. Abschnitt.

## § 3.

### Der Vertrag mit dem Schiedsrichter.

Durch die Annahme des angetragenen Amtes seitens des Schiedsrichters entsteht ein vertragliches Verhältnis zwischen ihm und den Kompromissparteien. Auf Grund dieses Verhältnisses ist der Schiedsrichter verpflichtet, den zwischen den Parteien obwaltenden Rechtsstreit nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Ueber die Natur des vertraglichen Verhältnisses — Rezeptum genannt — hat früher, wie auch noch jetzt, lebhafter Streit geherrscht, da ihm eine gesetzliche Regelung nirgends mit Ausnahme des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches zu Teil geworden ist. Es benötigt sich daher, zunächst das Rezeptum in seiner ganzen rechtshistorischen Entwickelung zu betrachten.

In der gesamten gemeinrechtlichen Literatur ist die Auffassung vertreten, dass für ein schiedsrichterliches Verfahren zwei sich gegenseitig bedingende Verträge erforderlich sind:

1. Das Kompromiss, suspensiv bedingt durch einen Vertrag der Parteien mit dem Schiedsrichter, das Rezeptum;
2. das Rezeptum, bedingt durch ein vorher zustande gekommenes Kompromiss.[1])

Die Vertragsnatur des Kompromisses ist vom römischen Rechte allgemein anerkannt, hingegen musste ihm und auch dem kanonischen Rechte die Vertragsnatur des Rezeptum fremd sein. Dies ergibt sich mit Notwendigkeit aus folgendem:

Der Schiedsrichter konnte nur kraft öffentlichen Rechtes und bei bestimmten Voraussetzungen vom Prätor gezwungen werden, das einmal übernommene Amt zu Ende zu führen. Wenn sich nun die Ansicht Bahn brach, dass der Schiedsvertrag ein Vergleich sei und die Schiedsrichter als Vergleichsstifter zur Herbeiführung dieses Vergleichs gewissermassen von den Parteien beauftragt seien, so musste dem römischen Rechte dieser Gedanke widersinnig erscheinen mit Rücksicht darauf, dass der Schiedsrichter Richter ist. Jemand kann einen anderen nur damit beauftragen, was er selbst zu tun vermag, aber Richter in eigener Sache sein, ist unmöglich. Selbst im Reichstagsabschied von 1594 ist das Rezeptum noch nicht bekannt, denn dieser will nur im Sinne der L. 3 § 1 Dig. de transact. 2,15 auf das Reichskammergericht kompromittieren lassen „durch Kammerrichters und Beisitzer guten freien Willen". Erst Contius spricht in seiner im Jahre 1607 erschienenen Schrift „Disputationes juris civilis" von dem Rezeptum als Vertrag, indem er recipere mit „nudo pacto versprechen ohne Stipulation, dass man etwas tun wolle", auslegt.[2])

Das Rezeptum als besonderer Vertrag ist nach alledem, wie Bornhack mit Recht annimmt, ein Erzeugnis der Praxis.[3])

Im heutigen Rechte ist die Vertragsnatur des Rezeptum allgemein anerkannt.

---

[1]) Conf. Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. II § 296.

[2]) Glück Bd. VI S. 74.

[3]) Busch, Zeitschrift Bd. XXX S. 19.

Averdick[1]) zwar ist der Ansicht, dass man am besten tue, wenn man für das moderne Recht den Gedanken an eine Vertragsbasis überhaupt ablehne. Das ist aber unmöglich mit Rücksicht darauf, dass das Rezeptum, wie Averdick Seite 9 selbst zugibt, durch Offerte und Akzept zustande kommt, und dann spricht das Gesetz im § 1033 Ziffer 1 ausdrücklich von dem „Vertrage der Parteien mit dem Schiedsrichter".

Wenn das Rezeptum nun als ein Vertrag, und zwar als ein obligatorischer Vertrag anzusehen ist, liegt mit Rücksicht darauf, dass es heute nirgends als selbständiges Rechtsinstitut vom Gesetzgeber behandelt worden ist, die weitere Frage vor, welchem anderen Rechtsinstitute es etwa bei- oder unterzuordnen wäre, um dessen Bestimmungen analog anzuwenden.

Seitdem das Rezeptum als Vertrag angesehen wird, hat hierüber ein sehr lebhafter Streit geherrscht.

Am weitesten verbreitet ist die Meinung vom Mandatscharakter des Rezeptum. Für das gemeine Recht ist dies die herrschende Lehre. Schon Glück[2]) sagt, dass das Rezeptum die Natur eines Auftrages oder einer Bevollmächtigung habe, von einem Dienstvertrage könne keine Rede sein, da nur operae illiberales Gegenstand eines solchen sein könnten, während die Tätigkeit eines Schiedsrichters als operae liberales angesehen werden müssten und die Rechtsgeschäfte über solche nur dem Mandat zu unterstellen seien. Bedenklich erscheint zwar der Umstand, dass dem Schiedsrichter ein Honorar für seine Tätigkeit zugebilligt werden kann, weil die Unentgeltlichkeit ein wesentliches Begriffsmerkmal für das Mandat früher wie heute ist. Allein man hat sich im gemeinen Rechte über diesen Punkt hinwegzusetzen versucht.

Von den späteren Juristen haben insbesondere Daubenspeck,[3]) Arndt[4]) und Sintenis[5]) die Mandatsnatur des Rezeptum verfochten.

Daubenspeck will an der Hand der allgemeinen Rechtsgrundsätze das Wesen des Rezeptum in folgender Weise ermitteln:

---

[1]) A. a. O. S. 16.
[2]) Bd. VI S. 71.
[3]) A. a. O. S. 42.
[4]) A. a. O. § 270 Anm. 2.
[5]) A. a. O. Bd. II § 107.

Wenn sich die streitenden Parteien einigten, dass ein unbeteiligter Dritter das Streitverhältnis unter ihnen endgiltig regeln solle, so übertragen sie ihm damit ihre Rechte, über den Streitgegenstand zu verfügen, wobei vorausgesetzt sei, dass er als billig denkender Mann handle. Hieraus folge, dass der Schiedsrichter als Bevollmächtigter beider Teile erscheine. Auch Bornhack[1]) gibt die Mandatsnatur des Rezeptum für das gemeine Recht zu und findet nur eine Abweichung insofern, als man unter Berufung auf die römische Quelle dem Schiedsrichter als Mandatar ein Kündigungsrecht nicht gäbe, falls nicht die im römischen Rechte anerkannten Entschuldigungsgründe vorlägen.

Daubenspeck[2]) führt noch folgendes aus für den Fall, dass eine Vergütung für den Schiedsrichter ausgesetzt ist. In diesem Falle will er die Regeln des Mandats nicht angewendet wissen, es sei das Rezeptum dann als Innominatkontrakt oder Dienstmiete aufzufassen.

Dieser Auffassung von der Mandatsnatur sind für das gemeine Recht insbesondere Matthias und Weizsäcker entgegen getreten.

Beide verwerfen nicht nur die Ansicht, das Rezeptum sei dem Mandat gleich zu stellen, sondern sie wenden sich gegen jede Einzwängung desselben in eine bestimmte Rechtsform. So führt Matthias[3]) aus:

Man müsse sich bei der Feststellung der allgemeinen Vertragsnatur des Rezeptum beruhigen. Das Edikt habe durch die Betonung der publizistischen Seite alle Erörterungen über die spezielle juristische Qualität desselben abgeschnitten.

Bemerkenswert ist folgende Begründung von Weizsäcker,[4]) der, abgesehen von dem Kündigungsrecht, auch eine actio mandati vermisst. Er sagt:

Bei einem Auftrag könnê der Mandant dem Mandatar regelmässig Vorschriften über die Art und Weise der Ausführung des übertragenen Geschäftes geben; das vertrage sich nicht mit dem Rezeptum als Grundlage eines unparteiischen Schiedsspruches.

---

[1]) A. a. O. S. 22.
[2]) A. a. O. S. 46.
[3]) A. a. O. S. 28.
[4]) A. a. O. S. 64.

Wohl könnten die Parteien auf den Gang des Verfahrens einwirken, insoweit dadurch nicht die freie Entschliessung des Schiedsrichters berührt werde, aber bezüglich der Entscheidung sei er dem judex gleich zu stellen, „das Wie sei seine Sache".

Das Allgemeine Landrecht hat trotz seines kasuistischen Charakters eine Regelung des Rezeptum nicht vorgenommen. Die einzelnen Schriftsteller gehen auch für dieses Gesetzbuch mit ihren Meinungen auseinander. Daubenspeck, Seite 42, will die §§ 5 ff. I 13 A. L. R. über die Vollmacht angewendet wissen; desgleichen tritt Gruchot (Band XVI Seite 36) für die Mandatsnatur des Rezeptum ein, indem er sich in der Hauptsache auf ein Erkenntnis des Oberamtsgerichts Darmstadt vom 20. Dezember 1853 stützt.

Diesen stehen hauptsächlich gegenüber das Preussische Obertribunal, das im Rezeptum einen Vertrag über Handlungen erblickte,[1]) und Koch,[2]) der es als mietsähnlichen Innominatkontrakt ansah.

Das einzige Gesetzbuch, das eine Regelung des Rezeptum vorgenommen hat, ist das sächsische bürgerliche Gesetzbuch.

Es bestimmt im § 1421: „Das Verhältnis zwischen den Vertragschliessenden und dem Schiedsmanne ist nach den Vorschriften über die Geschäftsführung vermöge Auftrags zu beurteilen."

Ziehen wir aus diesen Betrachtungen das Fazit, so ergibt sich für das frühere Recht als herrschende Lehre die von der Mandatseigenschaft des Rezeptum. Das neue Recht hat lediglich die Vertragsnatur des Rezeptum kurz erwähnt, indem es im § 1033 Z. P. O. vom Vertrage des Schiedsrichters mit den Parteien spricht. Ueber das sonstige Wesen desselben schweigt es sich aus. Bevor ich meine Ansicht niederlege, möchte ich kurz die heutigen Meinungen vortragen.

In der Literatur wollen zunächst Endemann[3]) und Petersen[4]) auf das Rezeptum bei Unentgeltlichkeit die Vorschriften für Auf-

[1]) Striethorst Bd. XXVII S. 158.
[2]) Bd. II S. 483.
[3]) Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I S. 551.
[4]) Z. P. O. Vorbemerkungen zu § 1031.

trag (§ 662 B. G. B.), bei Entgeltlichkeit die für den Werkvertrag (§ 631 B. G. B.) angewendet wissen.

In der Judikatur steht auf dieser Seite das Oberlandesgericht Kassel,[1]) das im Schiedsrichtervertrage ein reines Auftragsverhältnis sieht.

Ihnen gegenüber steht Weismann[2]) und insbesondere das Reichsgericht, die das Rezeptum mit keinem anderen Rechtsinstitut in Verbindung bringen wollen, sondern es als contractus sui generis auffassen. Averdick will ja, wie oben erwähnt, nicht einmal die Vertragsnatur anerkennen.

Ich möchte mich im grossen und ganzen dem Reichsgericht anschliessen. Betrachten wir zunächst die Mandatsnatur des Rezeptum! Für den Auftrag ist das wesentlichste Merkmal die Unentgeltlichkeit. Nun ist aber in der Praxis die Regel, dass der Schiedsrichter für seine Tätigkeit ein Entgelt erhält. Für solche Fälle ist die Auftragsnatur ohne weiteres ausgeschlossen.[3]) Andererseits ist gewiss nicht von der Hand zu weisen, dass der Vertrag mit dem Schiedsrichter und das Mandat einige Aehnlichkeit miteinander haben, z. B. die, dass beide mit dem Tode des Schiedsrichters bezw. des Mandatars erlöschen. Wie aber verhält es sich mit dem § 671 B. G. B.? Der Vertrag kann von dem Auftraggeber jederzeit widerrufen werden, von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden. Das passt keinesfalls auch auf das Rezeptum. Die ernennende Partei kann die Ernennung nicht mehr widerrufen, sobald der Gegenpartei die Ernennung mitgeteilt ist. Sie ist dann gebunden (§ 1030 Z. P. O.). Man könnte hierauf erwidern, dass das Auftragsverhältnis gegenüber beiden Parteien bestände, weil ja der Schiedsrichter durch das Rezeptum in ein Vertragsverhältnis zu beiden Parteien getreten ist. Dem steht folgendes gegenüber: Ein Beauftragter ist eine fremde

---

[1]) Rechtspr. der O. L. G. Bd. IX S. 85. Ich möchte bemerken, dass diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Kassel durch Urteil des Reichsgerichts vom 22. November 1904 Bd. LIX S. 247 aufgehoben ist, und das Oberlandesgericht Kassel in einer weiteren Entscheidung, die leider der Literatur nicht zugänglich gemacht ist, nämlich vom 27. Mai 1905 sich dem Reichsgericht angeschlossen hat.

[2]) A. a. O. S. Bd. II S. 264.

[3]) R. G. Bd. LIX S. 247.

Geschäfte besorgende Person, d. h. sie soll kraft Vertrages Geschäfte erledigen, die der Auftraggeber auch selbst erledigen kann. Wäre der Schiedsrichter nun Beauftragter, so wären die Parteien imstande, selbst den Rechtsstreit zu entscheiden. Sie könnten also Richter in eigener Sache sein. Ein solches Ergebnis verträgt sich aber nicht mit den früheren wie den heutigen Rechtsgrundsätzen.

In seinem Privatrecht hat Koch[1]) das Rezeptum einen mietsähnlichen Innominatkontrakt genannt. Für das heutige Recht wären danach die Vorschriften über den Dienstvertrag zutreffend. Auch das halte ich nicht für richtig aus folgenden Erwägungen: Die Unabhängigkeit von den Parteien ist die Voraussetzung eines unparteiischen Schiedsspruches. Läge Dienstmiete vor, so könnten die Schiedsrichter nicht über den Parteien stehen, d. h. ähnlich wie der Staatsrichter die Stellung gegenüber den Parteien einnehmen, die sie als unabhängige und unparteiische Richter einnehmen sollen. Sie ständen gewissermassen in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den Kompromittenten, müssten das Interesse der Partei, die sie ernannt hat, ausschliesslich vertreten. Die Besorgnis der Befangenheit wäre dann immer begründet und das Ablehnungsrecht aus diesem Grunde (§ 1032 Z. P. O.) stände im Widerspruch zu der rechtlichen Natur des Rezeptum; würde gegen den Schiedsrichter auf Erfüllung seiner Pflichten geklagt, so wäre das zu erwartende Urteil, das den Schiedsrichter verurteilt, nicht vollstreckungsfähig, da nach § 888 Abs. 2 Z. P. O. die Leistung von Diensten aus Dienstverträgen nicht durch Zwangsvollstreckung erzwungen werden kann. M. E. ist aber gegen den zur Vollziehung der Schiedsrichterpflichten verurteilten Schiedsrichter die Zwangsvollstreckung doch zulässig. Die im § 888 Abs. 2 Z. P. O. enthaltene Novelle ist aus sozialpolitischen Gründen gegeben. Mit Rücksicht auf unsere modernen Anschauungen ist die Erzwingung der Leistung aus einem Dienstvertrage als unzulässig erklärt. Unter die Kategorie solcher Leistungen kann aber niemals die Erfüllung der schiedsrichterlichen Pflichten gerechnet werden.[2]) Denn beim Dienstvertrage ist die Arbeit schlechthin ohne Rücksicht auf den Erfolg massgebend,

[1]) Bd. II S. 483.

[2]) Für die Vollstreckbarkeit haben sich ausgesprochen Seufert Bd. II S. 722, Struckmann-Koch Bd. II S. 427.

beim Rezeptum hingegen soll durch die Tätigkeit des Schiedsrichters ein bestimmter Erfolg, nämlich die Entscheidung des unter den Parteien obwaltenden Streits, herbeigeführt werden.

In dieser Hinsicht ähnelt das Rezeptum im grossen Masse dem Werkvertrage und es lässt sich in der Tat auch ein grosser Teil der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über dieses Rechtsinstitut in analoger Weise anwenden. Beim Werkvertrag wird regelmässig eine Vergütung gewährt, wie das beim Rezeptum auch der Fall ist, denn den Umständen nach ist die Ausführung des Schiedsrichteramtes nur gegen eine Vergütung zu erwarten (conf. § 632 B. G. B.). Wenn nun auch nicht alle Vorschriften über den Werkvertrag auf den Vertrag mit dem Schiedsrichter Anwendung finden können, z. B. die §§ 648, 649 B. G. B., so liegt das in dem eigenartigen Gepräge, das den Schiedsrichter von anderen fremde Geschäfte besorgenden Personen unterscheidet. Er soll ja gleich dem Staatsrichter und an dessen Stelle einen Rechtsstreit entscheiden, also das Recht durch Unterordnung des Tatbestandes unter die Rechtssätze finden. Das Mass seiner Befugnisse ruht auf dem Schiedsvertrage, der ihm den Weg zur Entscheidung, mehr oder weniger umgrenzt, vorschreiben kann; aber die Stellung des Schiedsrichters ist, abgesehen von dieser Schranke, durchaus frei, freier als die des Staatsrichters.[1]) Von einer Rechenschafts- oder Auskunftspflicht im Sinne des § 666 B. G. B., conf. auch § 675 B. G. B., kann keine Rede sein. Das Kompromiss räumt dem Schiedsrichter eine Stellung über den Parteien ein, wie sie so weder beim Auftrage noch beim Dienstvertrage oder Werkvertrage zu finden ist.

Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass das Rezeptum grosse Aehnlichkeit mit dem Werkvertrage hat, dass es aber kein Rechtsinstitut im Bürgerlichen Gesetzbuch gibt, mit dem es sich vollkommen deckt, und dessen Bestimmungen deshalb einheitlich auf das Rezeptum angewendet werden können. Es ist eben ein contractus sui generis, der ganz für sich behandelt werden muss. Es dürften demnach allgemein von den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches nur die §§ 104 ff., 145 ff., 241 ff., 305 ff. Anwendung finden können. Aus dem vierten Abschnitt des zweiten Buchs hingegen halte ich keinen Titel für anwendbar.

[1]) Hierzu Ausführungen des R. G. Bd. LIX S. 247.

## § 4.

### Die Klage aus dem Rezeptum.

Im römischen Recht zessierte zweifelsohne die zivilrechtliche Klage aus dem Rezeptum. Dies lag daran, dass das alte römische Recht einmal, wie oben ausgeführt, das Rezeptum als Vertrag überhaupt nicht ansehen konnte, dann aber auch, weil es nur eine bestimmte Art von Verträgen kannte, aus denen es eine actio gab. Trotzdem konnte im alten Rom der Schiedsrichter zur Erfüllung seiner Pflichten durch Zwang angehalten werden. Da nach den damaligen Rechtsgrundsätzen ein solcher Zwang auf zivilrechtlichem Wege ausgeschlossen war, erfolgte er durch das Aufsichtsorgan der Rechtspflege auf publizistischem Wege, durch den Prätor. Auf Anrufen der Parteien stellte dieser ihnen seine Zwangsgewalt zur Verfügung, jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen.[1]) Abgesehen von diesem Zwang half man sich mit Stipulierung einer Konventionalstrafe, die der Schiedsrichter bei ungerechtfertigter Weigerung der Amtsführung zahlen musste, oder man bekräftigte das Rezeptum durch einen Eid.

Für das spätere Recht wollte Contius den Parteien eine actio in factum de receptis geben. Hier und da ist noch die Meinung vertreten, dass den Parteien die actio mandati directa, dem Schiedsrichter die actio mandati contraria zustände. Dies ist aber nur bei allen denen zu finden, die die Mandatsnatur des Rezeptum vertreten.[2])

Daubenspeck[3]) will für das preussische Recht mit Dernburg[4]) die Erfüllungsklage gegen den Schiedsrichter den Kompromittenten überhaupt versagen. Er begründet seine Ansicht mit Rücksicht

---

[1]) Es musste die sogenannte pecunia compromissa vereinbart sein, d. h. die Parteien mussten sich im Schiedsvertrage bei Vermeidung einer Konventionalstrafe verpflichtet haben, sich dem Ausspruch des Schiedsrichters zu unterwerfen. Dann musste die Möglichkeit vorhanden sein, dass der Spruch des säumigen Schiedsrichters überhaupt zu einem Resultat führen werde. Ferner zessierte der Zwang, wenn eine Magistratsperson mit imperium zum Schiedsrichter ernannt war, wegen des par majorve magistratus, conf. Glück a. a. O. S. 70, und Matthias a. a. O. S. 22.

[2]) Conf. z. B. Bornhack S. 21, 22.

[3]) A. a. O. S. 47.

[4]) Preussisches Privatrecht Bd. I § 143.

auf § 859 Z. P. O. alter Fassung. Ich komme auf diese m. E. unhaltbare Ansicht später zurück.[1])

Für das heutige, wie für das gemeine Recht ist unbedingt die Zulässigkeit der Klage aus dem Rezeptum vorhanden. Wenn für das gemeine Recht auch Sintenis[2]) meint, dass für die Klage sich ein Interesse schwer nachweisen lässt, so ist dies absolut nicht der Fall.[3]) Es kommt im heutigen Recht eben nur darauf an, ob der Schiedsrichter im Schiedsvertrage ernannt ist oder nicht. Für den ersten Fall haben wir im § 1033 Z. P. O. eine bindende Bestimmung. Der Schiedsvertrag tritt ausser Kraft, wenn der Schiedsrichter vom Vertrage zurücktritt oder seine Pflichten ungebührlich verzögert. Mit dem Hinfälligwerden des Schiedsvertrages ist dann auch dem Rezeptum der Boden entzogen. Die Motive[4]) rechtfertigen die Bestimmung damit, dass, wenn der von den Parteien im Schiedsvertrage ernannte Schiedsrichter wegfalle, es der Parteiabsicht entspräche, wenn der Schiedsvertrag selbst ausser Kraft träte. Hieraus kann man aber eine Absicht des Gesetzes, die Klage auf Erfüllung des Rezeptum überhaupt auszuschliessen, nicht mit zwingender Notwendigkeit annehmen, wie z. B. Daubenspeck meint. Ist der Schiedsrichter nicht im Schiedsvertrage ernannt, so steht allerdings durch den § 1031 Z. P. O. den Parteien ein Weg offen, um zu einem neuen Schiedsrichter zu gelangen, ohne dass die Verpflichtung bestände, gegen den vertragsbrüchigen Schiedsrichter zu klagen. Aber wenn auch das Gesetz die Parteien einfacher, nämlich durch Herbeiführung der Bestellung eines anderen Schiedsrichters zum Ziele gelangen lässt, so hat es nocht nicht das Recht auf die Klage verneint und ihr den Erfolg abgesprochen. Es liegt den Parteien daran, dass der Schiedsrichter, der das Verfahren begonnen hat, es auch zum Abschlusse bringt, und wenn ihnen vom Gesetz verschiedene Mittel gegeben werden, um ihren Anspruch zu ver-

[1]) Dernburg beruft sich dabei auf die Entsch. d. R. G. Bd. XVIII S. 371, wird aber vom R. G. in der Entscheidung vom 23. November 1904 Bd. LIX S. 247 in der Weise widerlegt, dass er sich zu Unrecht auf diese Entscheidung berufen habe.

[2]) A. a. O. S. 496.

[3]) Mayer S. 60.

[4]) Bd. I S. 492.

wirklichen, so sind sie nicht etwa gezwungen, das einfachere Mittel zu nehmen, sondern sie haben unter ihnen die Wahl. Zudem hindert auch der § 1031 Z. P. O. nicht, nachzuweisen, dass seitens einer Partei Interesse vorhanden ist, dass der Schiedsrichter, der die Ausführung des Amtes übernommen hat, dieses auch zu Ende führt, und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb es dem Schiedsrichter gestattet sein sollte, sich willkürlich der von ihm versprochenen Leistung zu entziehen und die Parteien auf den immerhin nicht zweifellosen Weg des Schadenersatzes zu verweisen. Das Prozessrecht knüpft an die Regelung der materiellen Rechtsverhältnisse an, um die Voraussetzungen zu normieren, welche vorliegen müssen, damit der prozessuale Rechtsschutz begehrt werden kann. Das Rezeptum ist nun als Vertrag anerkannt und begründet ein Schuldverhältnis. Die Regel aber ist, dass aus einem Schuldverhältnis der Anspruch auf die zugesagte Leistung erwächst (conf. B. G. B. § 241, 242), und dabei muss es, wo nicht besondere Vorschriften entgegenstehen, bewenden.[1])

Eine solche Vorschrift ist lediglich vorhanden für den Fall, dass ein Schiedsrichter schon im Schiedsvertrage ernannt ist. Die Klage auf Erfüllung ist dann ausgeschlossen, weil die Grundlage des gesamten schiedsrichterlichen Verfahrens, der Schiedsvertrag, hinfällig geworden ist.

Die Frage, ob die Parteien gegen den ungebührlicher Weise zurücktretenden oder zögernden Schiedsrichter in diesem Falle wenigstens eine Schadenersatzklage haben, ist bisher nirgends erörtert worden. Ich möchte sie bejahen. Schon im alten Rom, wo doch die Klage aus dem Rezeptum überhaupt zessierte, half in äussersten Fällen die actio doli gegen den treulosen arbiter.[2]) War nun im römischen Rechte die actio doli dann nur zulässig, wenn weder eine Kontraktslage, noch eine besondere auf den dolus gegründete Strafklage, noch die in integrum restitutio propter dolum Platz griff, so können wir dies für das heutige Recht in analoger Weise für den Fall des § 1033 Ziffer 1 Z. P. O. gegen den säumigen Schiedsrichter

[1]) R. G. Bd. LIX S. 247. Gaupp-Stein, Vorbemerkung Ziffer 3 zu § 1025 ff. Z. P. O., ebenso Seuffert, Vorbemerkung Ziffer 5 zu § 1025 Z P. O., Struckmann-Koch Bd. II S. 427.

[2]) Matthias a. a. O. S. 22.

annehmen. Denn eine Kontraktslage ist heute auch nicht mehr möglich, weil mit dem Ausserkrafttreten des Schiedsvertrages auch das Rezeptum hinfällig geworden ist. Jedoch möchte ich nicht die reine actio doli des römischen Rechtes übertragen wissen, sondern man wird in der Mehrzahl der Fälle den § 826 B. G. B. als zutreffend annehmen müssen.

---

# III. Abschnitt.

## § 5.

### Die Tätigkeit des Schiedsrichters im Verfahren.

Der Zweck des schiedsrichterlichen Verfahrens ist die Entscheidung des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsstreites. Die Schiedsrichter sollen nach Recht und Billigkeit entscheiden, was Rechtens ist. Sie haben nur den Rechtsstreit zu erledigen, d. h. sie haben aus dem ermittelten Tatbestande die nach Massgabe des Gesetzes oder nach Recht und Billigkeit sich ergebenden Rechtsfolgen durch einen urteilsähnlichen Spruch, den Schiedsspruch, auszusprechen, ohne sich dabei an die Bestimmungen des materiellen oder formellen Rechtes halten zu müssen.

Hinsichtlich der Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens im Sinne des zehnten Buches der Zivilprozessordnung ist aber Verschiedenes wohl zu berücksichtigen, das ich kurz erwähnen möchte.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche kann durch Vereinbarung und andere rechtsgeschäftliche Verfügungen bestimmt werden, dass ein Dritter eine geschuldete Leistung nach seinem Belieben oder nach billigem Ermessen bestimmen soll. In allen diesen Fällen (conf. B. G. B. §§ 317 – 319, 2048, 2155 Abs. 2, 3; 2156, 2192, 2193 Abs. 1, 3) ist ein schiedsrichterliches Verfahren im Sinne des zehnten Buches der Z. P. O. ausgeschlossen, so mithin der Dritte auch als Schiedsrichter nicht anzusehen. Desgleichen finden die Bestimmungen des zehnten Buches der Z. P. O. keine Anwendung, wenn es sich um die Feststellung rechtserheblicher Tatsachen durch einen Dritten handelt, wie bei-

spielsweise die Feststellung der Höhe des Schadenersatzes oder der einem Gegenstande anhaftenden oder fehlenden Eigenschaften. Andererseits ist es aber wohl möglich, dass für die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz oder die aus dem Vorhandensein oder Fehlen gewisser Eigenschaften eines Gegenstandes sich ergebenden Folgen ein schiedsrichterliches Verfahren im Sinne des zehnten Buches der Z. P. O. zulässig ist.

Der Gesetzgeber hat keine bestimmten Vorschriften gegeben, nach denen das Verfahren vor dem Schiedsgericht seinen Gang nehmen soll, also nicht etwa in der Weise Anordnungen getroffen, dass die Bestimmungen der Z. P. O., die für das Verfahren vor dem Staatsgerichte massgebend sind, auch hier Anwendung finden sollen. Nur gewisse Einschränkungen bezw. Vorschriften sind für die Tätigkeit der Schiedsrichter vorhanden, so die §§ 1034 Abs. 1, 1035 Abs. 2, 1036, 1038, 1039 Z. P. O.; jedoch sind das keine allgemeinen, den Gang des Verfahrens betreffenden Vorschriften. Hierin hat der Gesetzgeber den Parteien bezw. den Schiedsrichtern vollkommene Freiheit gelassen.

In erster Linie können die Parteien durch Vereinbarung das Verfahren regeln. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ergibt sich aus § 1034 Abs. 2 Z. P. O. Die Schiedsrichter sind dann an diese Vereinbarungen gebunden und die Nichtbeachtung derselben wäre eine Verletzung der schiedrichterlichen Pflichten. Ob jedoch deshalb später eine Aufhebung des Schiedsspruches wegen Unzulässigkeit des Verfahrens gemäss § 1041 Ziffer 1 Z. P. O. erfolgen kann, ist sehr bestritten.

Ist von den Parteien keine Vereinbarung über das Verfahren getroffen, so wird es von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt (conf. § 1034 Abs. 2 Z. P. O.). Diese Freiheit liegt begründet in der Natur des Schiedsgerichtes und vor allen Dingen in der Person des Schiedsrichters. „Die Schiedsrichter sollen die gütlichen Vermittler des Streites — „aimables compositeurs", wie der belgische Entwurf sagt — sein und als solche und insbesondere aber deshalb, weil sie unter Umständen der Rechte nicht kundig sind, muss ihnen die weitgehendste Freiheit in Bezug auf den Gang des Verfahrens gegeben werden."[1])

[1]) Motive zum Entwurf III S. 476.

Infolge des Umstandes, dass von einem Schiedsrichter nicht vorausgesetzt werden kann, dass er der Rechte kundig ist, ist auch eine Vereinbarung der Parteien, die Schiedsrichter sollen sich beim Verfahren nach den Prozedurvorschriften der Z. P. O. richten, unpraktisch und zwecklos. Die Parteien müssten, falls sie solche Vereinbarung treffen, die Gewissheit haben, dass die Schiedsrichter mit den Normen der Z. P. O. vertraut sind. Aber abgesehen davon würde eine derartige Vereinbarung m. E. nicht der Natur des Schiedsgerichts entsprechen. Die Parteien wollen doch gerade ein Verfahren vor dem Staatsgericht, das sich nach den Vorschriften der Z. P. O. regelt, vermeiden und durch solche Vereinbarung rufen sie dann denselben Effekt hervor. Zudem liessen sich die Prozedurvorschriften der Z. P. O. auch garnicht einheitlich auf das schiedsrichterliche Verfahren anwenden. Die Vornahme von Zwangsmassregeln ist dem Schiedsrichter nicht unmittelbar gestattet. Die vom Staatsrichter im Laufe des Prozesses angeordneten Zwangsmassregeln bezw. die Befugnis dazu und die Ausführung wurzeln in der Staatsgewalt, weil sie einzig und allein befugt und berechtigt ist, den nötigen Erfolg diesen richterlichen Anordnungen zu verleihen. Die Funktion des Schiedsrichters dagegen entspringt dem Privatwillen der Parteien. Auf Grund dieses ist aber der Schiedsrichter keinesfalls befugt, unmittelbaren Zwang auf die Parteien oder auf Dritte auszuüben. Kommt eine Partei ihrer Verpflichtung nicht nach, so kann der Schiedsrichter nur frei folgern, welchen Einfluss diese Tatsache auf die Entscheidung hat, oder aber will er die Partei zwingen, so muss erst das Staatsgericht angerufen werden. Die Befugnis zu solchem Zwange steht wiederum nur der Gegenpartei, nicht dem Schiedsrichter zu; denn ein etwaiges ungerechtfertigtes Säumen einer Partei verletzt nicht das Rezeptum, sondern das Kompromiss, und dies letztere besteht doch nur zwischen den Parteien, nicht den Parteien und dem Schiedsrichter. In gleichem Sinne äussern sich die Motive zum Entwurf III Seite 477:

> Wenn schon die Prozedurvorschriften der Z. P. O. im allgemeinen — auch wenn sie sich danach richten sollen — nicht massgebend und solche Vereinbarung höchst unpraktisch ist, so dürfen namentlich die auf das Versäumnisverfahren bezüglichen Vorschriften keine Anwendung

finden, wegen ihrer positiven Natur und weil sie sich mit dem schiedsrichterlichen Verfahren schwer vertragen. Die Nichteinlassung einer Partei darf auf die Verpflichtung der Schiedsrichter keinen Einfluss ausüben, das Sachverhältnis, soweit es für die Entscheidung erforderlich ist, zu ermitteln, unbeschadet ihrer Befugnis, bei Feststellung des Sach- und Streitgegenstandes auf die Nichteinlassung der einen Partei die nach den Umständen des Falles entsprechende Rücksicht zu nehmen.

Sind, wie eben aus den Motiven zitiert, die Vorschriften über das Versäumnisverfahren nicht anwendbar, so gilt dies auch für die Bestimmungen der Zivilprozessordnung, betreffend die Widerklage und die über die Verhandlungsmaxime. Die Entscheidung über eine Widerklage durch die Schiedsrichter wäre nur dann statthaft, wenn sie eine vom Schiedsvertrag betroffene Rechtsstreitigkeit zum Gegenstande haben würde.[1])

Aus dem freien Ermessen der Schiedsrichter für den Gang des Verfahrens lässt sich aber andererseits folgern, dass es nicht notwendig ist, von vornherein den Gang des Verfahrens festzulegen. Die Schiedsrichter können sich vielmehr von Punkt zu Punkt darüber einigen und dürfen auch von dem einmal beschlossenen Verfahren wieder abgehen. In mancher Beziehung wird jedoch die Freiheit der Schiedsrichter durch gesetzliche Bestimmungen eingeschränkt.

Zunächst bestimmt § 1034 Abs. 1 Z. P. O., dass die Schiedsrichter vor Erlassung des Schiedsspruches die Parteien zu hören und das dem Streite zu Grunde liegende Sachverhältnis zu ermitteln haben, soweit sie die Ermittelung für erforderlich halten. Ich möchte hier vorweg erwähnen, dass die Vorschrift, die Schiedsrichter haben die Parteien vor Erlass des Schiedsspruches zu hören, dispositiv ist, denn die Parteien können durch Vereinbarung eine andere Bestimmung treffen (conf. § 1041 Abs. 2 Z. P. O.), z. B. die Schiedsrichter davon entbinden. Ist eine solche Vereinbarung nicht getroffen, so müssen die Schiedsrichter den Parteien rechtliches Gehör gewähren, da anderenfalls nach § 1041 Abs. 1 Ziffer 2 Z. P. O. die Aufhebung des Schiedsspruches beantragt werden kann.

[1]) Petersen a. a. O. S. 747.

Inwiefern nun die Schiedsrichter dem Erfordernisse des rechtlichen Gehörs entsprechen, lässt sich, wie auch das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen ausgeführt hat,[1]) nicht nach allgemeinen Regeln beurteilen, sondern nur nach den Umständen des einzelnen Falles. Es dürfte jedoch vollkommen zur Erfüllung dieses Erfordernisses ausreichen, wenn den Parteien Gelegenheit gegeben ist, ihre Angriffs- oder Verteidigungsmittel mündlich oder schriftlich vorzubringen. Dass die Parteien persönlich zur mündlichen Verhandlung erscheinen oder Schriftsätze einreichen, ist, wie Seuffert mit Recht annimmt, nicht erforderlich.[2]) Im übrigen muss ich mich bezüglich dieses Punktes auf das in der Rechtsprechung zahlreich vorhandene Material beziehen.[3]) Speziell möchte ich nur einen Punkt erwähnen. Wenn die Schiedsrichter sich eine bestimmte Art des Verfahrens gewählt haben, so steht es ihnen ja, wie vorhin erwähnt, immer noch frei, jeden Augenblick davon abzuweichen oder das Verfahren abzukürzen. Das Reichsgericht hat sich nun dahin geäussert, dass von solcher Abweichung oder Abkürzung des Verfahrens die Parteien in Kenntnis zu setzen seien, da sie wissen müssten, auf welcher Grundlage der Schiedsspruch erlassen werden soll. Denn nur unter dieser Voraussetzung seien die Parteien in der Lage, dem Schiedsgericht das nach ihrer Meinung erforderliche Material zu unterbreiten. Geschähe das nicht, so könnten die Parteien in ihrem rechtlichen Gehör gekürzt sein.[4]) Es darf daraus aber nicht gefolgert werden, dass für die Schiedsrichter eine regelmässige Verpflichtung besteht, den Parteien Mitteilung zu machen, wenn sie von dem einmal gewählten Verfahren abweichen. Diese Verpflichtung besteht, wie wiederum das Reichsgericht in einer späteren Entscheidung annimmt, nur dann, wenn aus der Abweichung von dem bestimmten Verfahren eine Verletzung des Rechtes auf

---

[1]) Entsch. d. R. G. Bd. XXIII S. 435; Bd. XXXXVII S. 427.

[2]) Seuffert Z. P. O. Bd. II litt. 2a zu § 1034.

[3]) Gruchot Bd. XXXI S. 451, Entsch. d. R. G. Bd. XXIII S. 434 ff.; Bd. XXXV S. 425; Bd. XXXX S. 105; Bd. XXXXVII S. 427 ff.; Jur. Wochenschr. 98 S. 389; 98 S. 607; 99 S. 539; O. L. G. Hamburg S. A. Bd. XXXX Nr. 267; O. L. G. Jena S. A. Bd. XXXXIV Nr. 78; Jur. Wochenschr. 88 S. 409; 1900 S. 803.

[4]) Entsch. d. R. G. Bd. XXXV S. 425 ff.

Gewährung des rechtlichen Gehörs zu besorgen ist.[1]) Das würde dann wieder quaestio facti sein.

Weiterhin haben die Schiedsrichter das dem Streite zu Grunde liegende Sachverhältnis zu ermitteln, soweit sie die Ermittelung für erforderlich halten. Diese ist zweifellos unnötig, wenn die Parteien dem Schiedsgerichte einen beiderseits anerkannten Tatbestand vorlegen. Aber auch wenn die Parteien sich über die zu Grunde liegende Tatsachen streiten, so ist es immerhin Sache des Schiedsgerichts, darüber zu bestimmen, ob und inwieweit Ermittelungen angestellt werden sollen. Ebenso entscheiden die Schiedsrichter über die Art und Weise der Ermittelungen. Sind beide Parteien erschienen, so kann Parteien-Beweisführung angeordnet oder inquisitorisch verhandelt werden. Erscheint nur eine Partei und die andere bleibt trotz Ladung aus, so ist es, da kein gesetzliches Kontumazialverfahren besteht, dem Ermessen der Schiedsrichter anheimgestellt, mit der erschienenen Partei zu verhandeln und auf Grund der hier ermittelten Tatsachen zu entscheiden. Auch steht es den Schiedsrichtern frei, aus dem Nichterscheinen einer Partei ein Geständnis zu folgern. Die trotz Ladung nicht erschienene Partei kann dann später nicht etwa wegen Mangel des rechtlichen Gehörs den Schiedsspruch anfechten, da ihr ja Gelegenheit, ihre Sache vorzutragen, gegeben war.[2])

Zur Ermittelung des Sachverhältnisses können sich die Schiedsrichter auch der Zeugen oder Sachverständigen bedienen; jedoch haben sie keine Befugnis, gegen die Zeugen oder Sachverständigen, die nicht erschienen sind, Zwang auszuüben, also sie unter Strafandrohung zu laden oder, wenn sie ihre Aussagen verweigern, durch Zwangsmittel dazu anzuhalten. Solcher Zwang steht, wie bereits erwähnt, nur dem Staatsrichter zu, dem die Befugnis vom Staate gegeben ist, während das Mass der Befugnisse der Schiedsrichter auf einem privatrechtlichen Vertrage — dem Schiedsvertrage — beruht, der ihnen den Weg zum Ziele zu gelangen mehr oder weniger umgrenzt vorschreiben kann. Die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen durch das Schiedsgericht ist nur möglich, wenn jene freiwillig vor ihm erscheinen

[1]) Entsch. d. R. G. Bd. XXXX S. 406.

[2]) Gruchot Bd. XXXI S. 451.

und aussagen bezw. ihr Gutachten abgeben (§ 1035 Abs. 1 Z. P. O.). Ist die Vernehmung einer Auskunftsperson unbedingt erforderlich und erscheint sie nicht freiwillig auf die Ladung des Schiedsgerichtes, so bleibt den Schiedsrichtern nichts anderes übrig, als sich darüber zu äussern, dass und worüber der Zeuge vernommen werden, der Sachverständige sein Gutachten abgeben soll.

Der § 1035 Abs. 2 Z. P. O. nimmt den Schiedsrichtern die Befugnis zur Vereidigung von Zeugen oder Sachverständigen oder zur Abnahme eines Parteieides; selbst für den Fall, dass die Auskunftsperson oder die Partei sich zur Leistung des Eides bereit erklärt haben, sind die Schiedsrichter nicht zur Abnahme befugt.[1]) Es ist eine sehr bestrittene Frage, ob der Schiedsspruch später wegen Unzulässigkeit des Verfahrens angefochten werden kann, wenn trotz der Bestimmung des § 1035 Abs. 2 Z. P. O. die Schiedsrichter einen Eid abnehmen. Sie zu erörtern, muss ich mir als nicht zum Thema gehörig versagen.

Jedenfalls hat das Schiedsgericht, wenn es die Abnahme eines Zeugen-, Sachverständigen- oder Parteieides für erforderlich erachtet, sich, gleichwie bei der Zeugen- oder Sachverständigenvernehmung, nur darauf zu beschränken, dass und worüber der Zeuge, Sachverständige oder die Partei den Eid leisten soll. Dann ist es weiter Sache der Parteien, die Vornahme der betreffenden richterlichen Handlung bei dem nach § 1045 Z. P. O. zuständigen Gericht zu beantragen. Dieser Weg ist durch § 1036 Z. P. O. vorgeschrieben und möchte ich auf seine Bestimmungen nunmehr näher eingehen.

Zunächst geht aus dem § 1036 Z. P. O. hervor, dass zwischen dem privaten Schiedsgericht und dem Staatsgericht ein Koordinationsverhältnis nicht besteht, demgemäss die Schiedsgerichte die Staatsgerichte um Vornahme von Handlungen, die sie selbst nicht vornehmen können, ersuchen; vielmehr schneidet der § 1036 Z. P. O. jede derartige Beziehung des Schiedsgerichts zum Staatsgericht ab, indem er die Parteien, sowohl die beweisführende wie die Gegenpartei, legitimiert, die Vollziehung der

[1]) Sie sind ja keine zur Abnahme von Eiden kraft Gesetzes zuständige Behörde, mithin würde auch niemals ein wirklich vom Schiedsgericht abgenommener Eid ein Meineid sein können.

betreffenden richterlichen Handlung beim Staatsgericht zu beantragen. Zugleich aber wird letzteres verpflichtet, die für die Entscheidung des Schiedsgerichts notwendige richterliche Handlung vorzunehmen. Es müssen jedoch eine Reihe von Voraussetzungen vorliegen, anderenfalls kann das Gericht den Antrag als unbegründet oder unzulässig zurückweisen. Zunächst muss die Handlung von den Schiedsrichtern für erforderlich erachtet sein und dann von ihnen selbst nicht vorgenommen werden können. Sie muss eine richterliche Handlung sein, die ihrem Wesen nach nur durch einen Richter erledigt werden kann. Ausgeschlossen sind aber auch beispielsweise solche Handlungen, die nur durch einen Gerichtsvollzieher, Gerichtsschreiber oder eine andere Behörde ausgeführt werden können. Zur Vornahme darf das Schiedsgericht selbst nicht befugt sein. Hierher gehört vor allen Dingen gemäss § 1035 Abs. 2 Z. P. O. die Beeidigung der Zeugen, Sachverständigen und Parteien, ausserdem aber auch jede Handlung, die nur zu erwirken ist in Verbindung mit Zwangsgewalt, da ja eine solche dem Schiedsgericht fehlt. Endlich ist zur Herbeiführung der Handlung der Antrag der Parteien erforderlich. Die Schiedsrichter sind nicht, wie bereits erwähnt, zur Antragstellung legitimiert, doch würde, wenn auf ihren Antrag das Staatsgericht die Handlung vornehmen sollte, dies nicht etwa ein Grund sein, den Schiedsspruch anzufechten.[1]) Das angerufene Gericht ist verpflichtet, dem Antrage stattzugeben, wenn es sich für zuständig und den Antrag für zulässig erachtet. Das Gericht hat einmal zu prüfen, ob die oben erwähnten Voraussetzungen vorliegen, also die formelle Seite des Antrags; dann aber auch, ob der Antrag seinem Inhalte nach zulässig ist: z. B. ob der zu vernehmende oder zu vereidigende Zeuge vernehmungs- oder eidesfähig ist. Jedoch erstreckt sich die Prüfung der Zulässigkeit nicht so weit, dass sie die Erheblichkeit der beantragten Handlung für die Entscheidung des Rechtsstreites betrifft, oder ob das schiedsrichterliche Verfahren überhaupt zulässig sei. Ueber den Antrag wird durch Beschluss entschieden. Einer voraufgehenden mündlichen Verhandlung bedarf es nicht (§ 1045 Z. P. O.).

Der Absatz 2 des § 1036 Z. P. O. bestimmt noch weiter, dass einem Gericht, welches die Vernehmung von Zeugen oder

[1]) O. L. G. Hamburg S. A. Bd. XXXXVI Nr. 278.

Sachverständigen oder deren Beeidigung angeordnet hat, auch die Entscheidungen zustehen, welche im Falle der Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens erforderlich werden, vor allen Dingen also die Ausübung der Zwangsgewalt gemäss der §§ 280, 381, 387, 390, 409 Z. P. O. Auch hier stehen sich wiederum zwei Ansichten gegenüber, ob der Schiedsspruch später wegen Unzulässigkeit des Verfahrens angefochten werden kann, wenn eine Verletzung der Vorschriften vorgekommen ist, um derentwillen das Verfahren vor dem in Anspruch genommenen Staatsgericht als unzulässig bezeichnet werden muss. Diese Streitfrage ist ebenfalls als nicht zum Thema gehörig hier nicht zu erörtern.

Der § 1037 Z. P. O. ist ein Korrektiv gegen etwaige Verschleppungsversuche einer Partei. Es kann der Fall eintreten, dass während des schiedsrichterlichen Verfahrens von einer Partei behauptet wird, dass das Verfahren unzulässig sei, insbesondere auch dadurch, dass geltend gemacht wird, es bestehe kein rechtsgültiger Schiedsvertrag oder dieser beziehe sich nicht auf den zu entscheidenden Streit oder ein Schiedsrichter sei nicht zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen befugt. Dann kann nach § 1037 Z. P. O. das Schiedsgericht trotz alledem das Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch erlassen. Diese Bestimmung ist mit Recht getroffen, weil eine Partei sonst ein sehr bequemes Mittel zur Verzögerung haben würde, wenn durch ihre Behauptungen der Unzulässigkeit des Verfahrens der Fortgang desselben gehemmt würde, sodass es erst nach Entscheidung dieser Vorfrage durch das zuständige Gericht fortgesetzt werden könnte.[1]) Wird das letztere angerufen, so steht es selbstverständlich dem Schiedsgericht frei, ob es seine Tätigkeit bis zur Entscheidung über die Frage der Zulässigkeit des Verfahrens[2]) aussetzen will oder nicht. Es würde das keinesfalls als ungebührliche Verzögerung im Sinne der §§ 1031 und 1033 Ziffer 1 Z. P. O. anzusehen sein. Diese Bestimmungen werden durch § 1037 Z. P. O. nicht berührt. Andererseits ist das Schiedsgericht befugt, das Verfahren fortzusetzen und den Schiedsspruch zu erlassen. Die Interessen der Partei, die das Staatsgericht angerufen hat zur Entscheidung über

[1]) Motive zum Entwurf III 478.

[2]) Es wäre hier über eine Feststellungsklage seitens einer Partei zu erheben.

die Zulässigkeit des Verfahrens, würden in keiner Weise geschädigt werden, da ja später, wenn das Staatsgericht zu ihren Gunsten das Verfahren für unzulässig erklärt hat, die Aufhebung des Schiedsspruches nach § 1041 Abs. 1 Ziffer 1 Z. P. O. herbeigeführt werden kann. Es bedarf auch seitens der Schiedsrichter keiner Begründung ihrer Entschliessung über die Fortsetzung oder Aussetzung des Verfahrens. Die Entschliessung, die in Gestalt eines Zwischenurteils erfolgen könnte, hat nicht etwa die Natur eines Schiedsspruches, da sie nicht wie dieser die materiellrechtliche Entscheidung des Rechtsstreites enthält.[1]) Die Entschliessung des Schiedsgerichts hat sich aber auch lediglich damit zu befassen, ob das Verfahren fortgesetzt werden soll oder nicht. Die Frage der Zulässigkeit des Verfahrens geht das Schiedsgericht nichts an. Dieser Meinung ist auch Endemann.[2]) Abweichend führt Seuffert[3]) aus, das Verfahren sei zu Ende, wenn die Entscheidung des Schiedsgerichts dahin gehe, dass das schiedsrichterliche Verfahren unzulässig sei. Er behauptet also eine Zuständigkeit des Schiedsgerichts in dieser Frage. Ich halte Endemanns Ansicht für die richtigere. Es gehört m. E. nicht zur Kompetenz des Schiedsgerichts, über formelle Fragen, die von Bedeutung für die Zulässigkeit des Verfahrens überhaupt sind, wie z. B. die Ablehnung eines Schiedsrichters oder die Nichtigkeit des Schiedsvertrages, sich entscheidend zu äussern. Die rechtliche Gültigkeit des Schiedsvertrages beispielsweise zu prüfen, auf dem das Mass der Befugnisse der Schiedsrichter beruht, muss ihnen versagt sein. Eine solche Prüfung der Grundlage des gesamten schiedsrichterlichen Verfahrens darf nur dem Staatsgericht auf Anrufen der Parteien zustehen. Die Schiedsrichter sollen ja nur die bestehende Streitigkeit entscheiden. Alles andere geht sie gar nichts an. Würden sie das Verfahren für unzulässig erklären und es nur deshalb nicht fortsetzen, so kann unter Umständen eine ungebührliche Verzögerung ihrer Amtsführung vorliegen. Wenn die Schiedsrichter im Schiedsvertrage ernannt sind, würde allerdings gemäss § 1033 Ziffer 1 Z. P. O. der Schiedsvertrag ausser Kraft treten, aber es wäre dann ein Schadenersatzanspruch der

[1]) R. G. Bd. XIII S. 349.
[2]) Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. III S. 474.
[3]) Bd. II Z. P. O. § 1037 Anm. Abs 2.

Parteien gegen die säumigen Schiedsrichter begründet. Sind die Schiedsrichter nicht im Schiedsvertrage ernannt, bleibt dieser zweifelsohne, so lange keine entgegengesetzte Entscheidung des Staatsgerichts vorliegt, in Kraft. Dann ist es den Parteien anheimgestellt, ob sie gemäss § 1031 Z. P. O. andere Schiedsrichter ernennen oder auf Erfüllung der schiedsrichterlichen Pflichten klagen wollen.

Das Produkt der schiedsrichterlichen Tätigkeit ist der Schiedsspruch. Aus dem Rezeptum folgt für den Schiedsrichter die Verpflichtung, den Spruch zu fällen, wenn die Sache zur Entscheidung reif ist, und diese Entscheidung selbst vorzunehmen.

Zum Zustandekommen eines rechtsgültigen Schiedsspruches gehört zunächst die Abstimmung der Schiedsrichter. Sind mehrere Schiedsrichter vorhanden, so entscheidet absolute Stimmenmehrheit, wenn im Schiedsvertrage ein anderes nicht bestimmt ist (§ 1038 Z. P. O.). Hier ist wohl vom Gesetzgeber an den bei Stimmengleichheit zu ernennenden Obmann gedacht. Die Ernennung eines solchen ist jedoch nur zulässig, wenn dies im Schiedsvertrage besonders bestimmt ist. Also ohne Einwilligung der Parteien sind die Schiedsrichter oder das Staatsgericht keinesfalls befugt, einen Obmann zu ernennen. Ergibt sich Stimmengleichheit, so tritt nach § 1033 Ziffer 2 Z. P. O. der Schiedsvertrag ausser Kraft, falls eben nicht besondere Vorkehrungen für diesen Fall getroffen sind. Andererseits können die Parteien im Schiedsvertrage bestimmen, dass zur Entscheidung mehr als die absolute Majorität, z. B. Einstimmigkeit erforderlich sein soll. Die im § 1038 Z. P. O. enthaltene Bestimmung gilt m. E. nur für die Entscheidung der Frage, zu wessen Gunsten entschieden werden soll; denn sie wäre unpraktisch, wenn sie auch gelten würde bei Bestimmung der Höhe einer eventuellen Verurteilungssumme, da sich beim Vorhandensein von zwei oder mehr Schiedsrichtern unter Umständen keine absolute Majorität ergeben würde. Um dann eine künstliche Mehrheit zu schaffen, könnten sich die Schiedsrichter m. E. ohne Bedenken an die Vorschriften des § 198 Abs. 2 G. V. G. halten. Wenn die Meinungen von Seuffert Ziffer 1 zu § 1038, Struckmann-Koch Nr. 5 zu § 1033 und zu § 1038, Wilmowski-Levy Nr. 2 zu § 879, Petersen Seite 744 der von Hellmann Bd. III Seite 214 gegenüberstehen,

möchte ich dazu anführen, dass sich ein Streit hier aus folgenden Erwägungen wohl erübrigen dürfte. Die Abstimmung der Schiedsrichter gehört zum Verfahren. Im allgemeinen soll allerdings absolute Stimmenmehrheit entscheiden, hier aber muss zweifelsohne das für das Verfahren geltende freie schiedsrichterliche Ermessen, das von keiner Seite bestritten wird, Platz greifen. Warum sollen da die Schiedsrichter zur Bestimmung der Höhe der Verurteilungssumme nicht die Methode anwenden können, die sie wollen, wenn sie nur zu einem Resultat kommen. Eine Majorität ist doch bei der Abstimmung nach § 198 Abs. 2 G. V. G. vorhanden, wenn es auch nicht eine direkt absolute ist, die m. E. nur für die eigentliche Entscheidung vorhanden sein muss. Mayer, Seite 91, kommt im grossen und ganzen zum gleichen Ergebnis, obwohl er die Deduktion Seufferts, dass die Zulässigkeit der Anwendung des § 198 Abs. 2 G. V. G. aus dem Begriff der Majorität folge, nicht anerkennen will. Die Abstimmung selbst kann sowohl schriftlich wie mündlich erfolgen. Wegen Mangels der erforderlichen Stimmenmehrheit kann natürlich ein Schiedsspruch angefochten werden, und der Schiedsvertrag tritt infolge von Stimmengleichheit bei fehlender anderweitiger Parteivereinbarung gemäss § 1033 Z. P. O. ausser Kraft. Sobald aber der Schiedsspruch ordnungsmässig ausgefertigt und von den Schiedsrichtern unterschrieben ist, treten die eben erwähnten Rechtsfolgen nicht ein.[1])

Die Abfassung des Schiedsspruchs muss schriftlich erfolgen; dabei dürfen sich die Schiedsrichter nicht etwa nur auf die blosse Entscheidung des Rechtsstreites beschränken, sondern sie müssen diese Entscheidung auch mit Gründen versehen. Unterlassen sie das, so ist der Schiedsspruch auf Antrag gemäss § 1041 Ziffer 5 Z. P. O. der Aufhebung verfallen, es sei denn, dass die Angabe der Gründe den Schiedsrichtern von den Parteien ausdrücklich erlassen ist (§ 1041 Abs. 2 Z. P. O.).

Ob eine Entscheidung über die Kosten von den Schiedsrichtern zu treffen ist, wird quaestio facti sein. Ist ein solches im Schiedsvertrage vereinbart, so müssen die Schiedsrichter auch darüber entscheiden, und zwar nach freiem Ermessen. Es

[1]) Entsch. des R. G. Bd. XXXVIII S. 410.

empfiehlt sich jedenfalls aus praktischen Gründen im Schiedsvertrage die Vereinbarung zu treffen, dass das Schiedsgericht die Festsetzung der Kosten vornehmen soll; denn wenn die Schiedsrichter keine Ermächtigung dazu haben, sind sie im Zweifel auch nicht dazu befugt. Es kann ihnen nur gestattet sein, auszusprechen, wer nach ihrer Ansicht die Kosten zu tragen hat. Die siegende Partei müsste dann eine besondere Klage anstellen, um den Betrag der Kosten feststellen zu lassen. Der Anspruch würde sich auf den Schiedsspruch stützen, jedoch das Vollstreckungsurteil gemäss § 1042 Z. P. O. keine Beziehung auf die Kosten haben. Ein solches braucht aber auch zur Begründung der Klage auf die Kosten noch nicht erlassen zu sein, dazu genügt der perfekte Schiedsspruch.[1])

Nach der Abfassung ist der Schiedsspruch von sämtlichen Schiedsrichtern unter Angabe des Tages der Abfassung zu unterschreiben (§ 1039 Z. P. O.). Stirbt ein Schiedsrichter oder verweigert er die Unterschrift, so ist kein perfekter Schiedsspruch zustande gekommen.[2]) Die Weigerung der Unterschrift ist gleich mit einer Weigerung der Ausführung des Schiedsrichteramtes und kann, wenn die Schiedsrichter nicht im Schiedsvertrage ernannt sind — anderenfalls würde letzterer gemäss § 1033 Ziffer 1 Z. P. O. ausser Kraft treten — durch Klage erzwungen werden. Ein Bedenken wegen der Vollstreckungsfähigkeit des Urteiles, das den Schiedsrichter zur Vollziehung des Schiedsspruches verurteilt, liegt nicht vor, denn wie oben ausgeführt, hat ja das Rezeptum, aus dem geklagt wird, keine Aehnlichkeit mit dem Dienstvertrage, sodass dessen Bestimmungen sich auf jenes anwenden liessen und das Urteil dann gemäss § 888 Abs. 2 Z. P. O. nicht vollstreckungsfähig wäre. Aber selbst wenn das Urteil nicht vollstreckt werden oder als nicht voll-

[1]) Dass die Schiedsrichter über die Kostenpflicht stets zu entscheiden haben, ja eventuell eine Ergänzung des Schiedsspruches notwendig sei, behaupten: Cohn bei Gruchot Bd. XXXX S. 584, Gaupp-Stein Bd. II S. 679 Nr. 2, Seuffert § 1042 Anm. 2. Ihnen gegenüber stehen, und das dürfte nach den obigen Ausführungen das richtigere sein, Delius bei Gruchot Bd. XXXIX S. 831 ff. und das Kammergericht in Blättern für Rechtspflege 1895 S. 86.

[2]) Entsch. des R. G. Bd. V S. 397, Bd. XXVIII S. 370, Jur. Wochenschrift 95 S. $225_{12}$.

streckungsfähig angesehen würde, gilt doch der Schiedsspruch nach § 894 Abs. 1 Satz 1 Z. P. O. als vollzogen, sobald das Urteil Rechtskraft erlangt hat. Auch kommt die Erklärung, den Schiedsspruch nicht unterschreiben zu wollen, als Verweigerung der Ausführung des Schiedsrichteramtes nicht mehr in Betracht, wenn der Schiedsrichter den Schiedsspruch nachträglich doch unterschreibt.

Nicht für ausreichend halte ich es, wenn ein Schiedsrichter im Auftrage der übrigen allein den Schiedsspruch unterschreibt. Sydow-Busch, Anmerkung 2 zu § 1039, ist der Ansicht, dass für die Zulässigkeit dieser Ermächtigung eines Schiedsrichters die Vermutung spricht. Er stützt sich dabei auf Entscheidungen des Reichsgerichts, die eine solche Ermächtigung hinsichtlich der Zustellung des Schiedsspruches an die Parteien und die Niederlegung bei Gericht für zulässig erklären. M. E. darf das nicht ausgedehnt werden auf die Unterschrift. Der Schiedsspruch ist eine dem Urteil ähnliche Entscheidung. Beim Urteil ist unbedingt die Unterschrift sämtlicher Richter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, notwendig (§ 315 Abs. 1 Satz 1 Z. P. O.). Nur wenn ein Richter verhindert ist, seine Unterschrift beizufügen, wird dies unter Angabe des Verhinderungsgrundes durch den Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung durch den ältesten beisitzenden Richter vermerkt (§ 315 Abs. 1 Satz 2 Z. P. O.). Beim Urteile des Staatsgerichts ist demnach eine Aushilfe durch das Gesetz im Verhinderungsfalle eines Richters gegeben. Also z. B. wenn er plötzlich stirbt. Tritt dies beim Schiedsrichter ein, so ist der Schiedsspruch nicht perfekt, da eine analoge Anwendung des § 315 Abs. 1 Satz 2 Z. P. O. nicht zulässig ist.[1]) Wozu wären sonst die Bestimmungen der §§ 1031 und 1033 Ziffer 1 vom Gesetzgeber gegeben. Die Bestimmung des § 315 Abs. 1 Satz 1 Z. P. O. deckt sich mit der ersten des § 1039 Z. P. O. Muss nun in der Befolgung des § 315 Abs. 1 Satz 1 beim Staatsgericht rigoros verfahren werden, so ist das nicht minder für das schiedsrichterliche Verfahren der Fall in Beziehung auf die erste Bestimmung des § 1039 Z. P. O. Das erheischt die Natur des Schiedsspruches seine gemeinsame Abfassung durch

[1]) Entsch. des R. G. Bd. XVIII S. 369.

die Schiedsrichter. Zudem findet sich in der ganzen Literatur und Judikatur nicht ein Anhalt für die Meinung von Sydow-Busch. Im Gegenteil; gerade in einer von diesem angezogenen Entscheidung des Reichsgerichts bei Gruchot, Bd. XXXII Seite 434 findet sich der Satz:

> „Selbstverständlich muss die Unterschrift des Schiedsspruches von sämtlichen Verfassern desselben bewirkt werden."[1])

Der von den Schiedsrichtern unterschriebene Schiedsspruch muss von ihnen dann in einer Ausfertigung den Parteien zugestellt werden (§ 1039 Z. P. O.). Als Ausfertigung ist jedoch keine blosse Abschrift des Schiedsspruches zulässig, auch keine beglaubigte, sondern sie muss ein Exemplar desselben mit eigenhändiger Unterschrift der Schiedsrichter sein.[2])

Die Zustellung erfolgt auf Betreiben der Schiedsrichter nach den Vorschriften der §§ 166 ff. Z. P. O. Die Zustellung des Schiedsspruches durch eine Partei oder auf Betreiben einer solchen ist durchaus unzulässig und widerspricht dem Wortlaute des Gesetzes.[3]) Sodann ist der Schiedsspruch in Urschrift oder in einer Ausfertigung in obigem Sinne auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts von den Schiedsrichtern unter Beifügung der Original-Zustellungsurkunde an die Parteien niederzulegen (§ 1039 Z. P. O.). Die Zustellung des Schiedsspruches und seine Niederlegung soll, wie die Motive zum Entwurf III Seite 478 sagen, eine Garantie für die Authentizität des Spruches bieten und den formellen Abschluss des Verfahrens konstatieren. Für beide Erfordernisse ist die Tätigkeit der Schiedsrichter erforderlich und sie können deshalb nur rechtswirksam erfolgen, wenn sie mit dem Willen sämtlicher Schiedsrichter vollzogen werden. Jedoch darf man daraus nicht etwa schliessen, dass bei der Zustellung oder Niederlegung des Schiedsspruches sämtliche Schiedsrichter persönlich tätig sein müssen. Beides kann im Gegensatz zur

---

[1]) Ausser Sydow-Busch will noch Mayer Seite 94 den § 315 Abs. 1 Z. P. O. analog angewendet wissen.

[2]) Entsch. des R. G. Bd. V S. 402, Bd. XIII S. 431, Bd. XXXXI S. 406, Gruchot Bd. XXXVII S. 765.

[3]) Vergl. hierzu die durchaus treffenden Ausführungen Mayers S. 92/93.

Unterschrift auch von nur einem Schiedsrichter vorgenommen werden, sofern er nur von den anderen damit beauftragt ist oder sie einverstanden sind. Hieraus hat, wie oben erwähnt, Sydow-Busch auf die Unterschrift des Schiedsspruches durch einen Schiedsrichter im Auftrage der übrigen geschlossen. Ausser den oben angeführten Umständen, die dagegen sprechen, möchte ich noch folgendes anführen. Sydow-Busch lässt ausser acht, dass die Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruches nicht, wie das Unterschreiben desselben, zu der eigentlichen richterlichen Tätigkeit des Schiedsgerichts gehören. Denn wie das Reichsgericht bei Gruchot, Band XXXII Seite 436 sehr richtig ausführt, ist bei der Zustellung und Niederlegung gar nicht mehr die das Mitwirken aller Schiedsrichter erheischende Entscheidung des Rechtsstreites in Frage. Solche Handlungen könnten ja auch beim Staatsgericht vom Gerichtsschreiber vorgenommen werden. Das Reichsgericht hält sogar unter Umständen eine besondere Beauftragung eines Schiedsrichters durch die übrigen zur Zustellung oder Niederlegung nicht für notwendig; es sei dann einfach die Zustimmung der übrigen Schiedsrichter bis auf weiteres, falls die Umstände nicht für das Gegenteil sprechen, zu unterstellen, ja eine solche Vermutung könne aus der Tatsache der Unterzeichnung des Spruches hergeleitet werden.[1])

Eine Abänderung des Schiedsspruches nach Zustellung an die Parteien oder Niederlegung bei Gericht ist unzulässig und bedeutungslos. Wohl aber kann dies geschehen, ja sogar ein neuer Schiedsspruch gefällt werden, wenn die Zustellung oder die Niederlegung noch nicht erfolgt sind. Denn die Abfassung und Unterzeichnung des Schiedsspruches ist eine innere Angelegenheit des Schiedsgerichts, die nach aussen hin vorläufig nicht rechtswirksam ist. Selbst eine mündliche Verkündung des Schiedsspruches würde nicht von gleicher Bedeutung sein, wie die des Urteils der ordentlichen Gerichte. Erst die Zustellung an die Parteien und die Niederlegung bei Gericht schliessen jede Abänderung des Schiedsspruches durch die Schiedsrichter aus. Ist die Zustellung und noch nicht die Niederlegung oder die Nieder-

[1]) Gruchot Bd. XXXII S. 436, Entsch. des R. G. Bd. XXXVII S. 414, Jur. Wochenschr. 95 S. $225_{12}$.

legung und noch nicht die Zustellung erfolgt, so ist ein Wiederzusammentritt des Schiedsgerichts und die Abänderung des Spruches oder seine Verwerfung und die Abfassung eines neuen als durchaus zulässig zu erachten;[1]) denn die Erledigung beider Erfordernisse der Zustellung und der Niederlegung erst vollendet den formalen Abschluss des Verfahrens. Eine bestimmte Frist zur Zustellung oder Niederlegung des Spruches ist nicht gegeben. So kann die Zustellung nach Ansicht des Reichsgerichts noch nachträglich während des Prozesses, der durch die Vollstreckungsklage entstanden ist, bis zum Erlass des Urteils ordnungsmässig nachgeholt werden, wenn sie nur mangelhaft erfolgt war.[2]) Hat gar keine Zustellung stattgefunden, so wird natürlich die Vollstreckungsklage abgewiesen, da das Gericht die Erfordernisse des § 1039 Z. P. O. von Amtswegen zu prüfen hat.[3]) Die Nachholung der Zustellung in der Berufungsinstanz ist zulässig, da es sich alsdann um ein novum judicium handelt. Nach der Erledigung der Erfordernisse des § 1039 ist der Schiedsspruch für die Schiedsrichter unabänderlich geworden, was die Entscheidung betrifft. Das ist selbst dann der Fall, wenn sich ein Schiedsrichter bei seiner Entscheidung im materiellen Irrtum befunden hat. Trotz dieser Bindung, die analog zu § 318 Z. P. O. vorhanden ist, muss die unbedingte Bindung da fehlen, wo für das vom Staate erlassene Urteil der § 319 Z. P. O. vorhanden ist. Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, die im Schiedsspruch vorhanden sind, zu berichtigen, soweit darin keine Abänderung des Schiedsspruches liegt, kann auch noch nach der Zustellung und Hinterlegung durch die Schiedsrichter vorgenommen werden. In der Beseitigung dieser offenbaren Unrichtigkeiten ist kein neues laudum durch den Schiedsrichter gefällt, sondern er gibt nur zu erkennen, was mit dem früheren Ausspruch besagt sein soll.[4])

---

[1]) Entsch. des R. G. Bd. XXXVIII S. 395, Bd. XXXXI S. 298.

[2]) Gruchot Bd. XXXI S. 451.

[3]) Entsch. des R. G. Bd. V S. 400, Gruchot Bd. XXXII S. 435, Jur. Wochenschr. 89 S. $84_6$.

[4]) Daubenspeck S. 63, Mayer S. 105, Struckmann-Koch § 1040 Ziffer 1, Wiessner S. 6 ff.

## § 6.

### Die Haftung des Schiedsrichters.

Für die Haftung des Schiedsrichters hat die moderne Gesetzgebung ebensowenig wie für das Rezeptum besondere Bestimmungen gegeben. Nur hinsichtlich strafbarer Handlungen finden sich im Strafgesetzbuch die §§ 334—336. Nach diesen ist der Schiedsrichter bezüglich der Bestechung und Rechtsbeugung einem Richter oder anderen Beamten gleichgestellt. Lebhafter Streit herrscht bei der mangelnden gesetzlichen Regelung dagegen darüber, wie der Schiedsrichter zivilrechtlich hafte. Es stehen sich hier mehrere Theorien gegenüber. Diese gehen eine jede von der Grundlage des Schiedsrichteramtes, dem Rezeptum, aus. Diejenigen, die das Rezeptum als Vertrag ansehen, behaupten eine Haftung auf rein kontraktlicher Basis. Diejenigen, die von einer Vertragsnatur nichts wissen wollen, erkennen nur eine Haftung auf deliktischer Basis an. Die dritte Richtung endlich will die beiden ersteren vereinigen. Im Prinzip erkennt sie die Haftung auf kontraktlicher Basis an, kommt jedoch im Resultat auf Grund besonderer Erwägungen auf die zu zweit genannte Theorie zurück. Betrachten wir nun zunächst die einzelnen Theorien.

I. Auf dem Standpunkt rein kontraktlicher Haftung stehen alle diejenigen, die das Rezeptum als Auftrag ansehen, insbesondere sind dies Daubenspeck[1]) und Gruchot.[2]) So sagt der erstere Seite 43 zu 3: Der Schiedsrichter hat die Diligenz anzuwenden, welche er auf seine eigenen Geschäfte zu verwenden pflegt, und im Zweifelsfalle für mässiges Versehen einzustehen. Damit ist dem Schiedsrichter eine Haftung für omnis culpa auferlegt. Ebenso folgert Gruchot aus der Analogie mit dem Auftrage, dass der Schiedsrichter gleich einem Bevollmächtigten für schuldbares Versehen hafte.

Für eine Reihe anderer Schriftsteller, die sich nicht direkt über die Haftung aussprechen,. jedoch die actio mandati directa gegen den Schiedsrichter den Parteien geben wollen, muss dasselbe gelten. Averdick, Seite 40, folgert dann richtig für die

[1]) S. 41 ff.

[2]) Bd. I S. 36 ff.

Vertreter der Ansichten, die bei Entgeltlichkeit einen Werkvertrag oder einen mietsähnlichen Innominatkontrakt für vorliegend erachten, dass sie den Parteien eine actio conducti oder eine actio praescriptis verbis geben würden, aus denen das gleiche Haftungsmass erwächst. Für das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch war durch den § 1421 die Haftung festgelegt. Es folgte damit, dass es den Schiedsrichter als einen Geschäftsführer vermöge Auftrags erachtete, der erweiterten kontraktlichen Haftung für omnis culpa.

II. Schroff gegenüber steht dieser Theorie die hauptsächlich von Matthiass vertretene. Er will von einer Vertragsnatur des Rezeptum nichts wissen. Beziehen sich seine Ausführungen zwar auch nur auf das römische Recht, so sind sie doch bemerkenswert. Matthiass[1]) hält insbesondere den Nachweis für schwer, dass der Kläger durch die Nichterfüllung des Rezeptum geschädigt ist. Dieser Nachweis könne nur erbracht werden unter der Voraussetzung einer bestimmten Sentenz. Da diese aber dem durch ein späteres schiedsgerichtliches oder gerichtliches Urteil nicht zu ersetzenden subjektiven Ermessen des Schiedsrichters anheimgegeben sei, so fehle für die Bemessung des Interesses jede Grundlage. Gegen pflichtwidrige Erfüllung könne nur die actio doli helfen. Von der analogen Anwendung der Syndikatsklage will Matthiass nichts wissen, da die Stellung des arbiter eine rein private sei. Hier weicht Weizsäcker ab.[2]) Er sagt: „Richter, das ist der Schiedsrichter." Daraus liesse sich für Weizsäcker eine analoge Anwendung der Syndikatsklage folgern. Jedenfalls gilt für die von Matthiass vertretene Ansicht, dass nur Vorsatz und Arglist den Schiedsrichter haftbar machen, die Folgen eines versehentlich oder infolge grober Fahrlässigkeit falschen Urteils aber die Parteien selbst zu tragen haben. Wollte man die Syndikatsklage analog zulassen, so wäre die Haftung des Schiedsrichters auf culpa lata zu erweitern.[3])

---

[1]) S. 23/24.

[2]) S. 65/66.

[3]) Arndt S. 536, Sintenis Bd. II S. 770, 778 ff. Es würde sich aber kein Unterschied ergeben für die Vertreter der Meinung, dass der Satz culpa lata dolus est auch auf ausserkontraktliche Verhältnisse sich bezöge.

III. Die dritte Theorie ist die hauptsächlich von Delius,[1]) Weissmann,[2]) Seuffert[3]) und dem Reichsgericht[4]) vertretene. Sie bezieht sich in erster Linie auf das unterliegende Vertragsverhältnis, das Rezeptum, geht dann zu einer Gegenüberstellung des Richters und des Schiedsrichters über und will infolge vieler Aehnlichkeiten, die beide Stellungen mit einander haben, die richterliche Haftung auch dem Schiedsrichter gewähren. Kommt diese Richtung im grossen und ganzen auch zum Resultat der zu zweit genannten, so unterscheidet sie sich doch durch die Berücksichtigung des unterliegenden Vertragsverhältnisses in folgender Weise. Der Schiedsrichter ist vertraglich verpflichtet durch das Rezeptum, das seinerseits wieder auf dem Schiedsvertrage basiert. In dem Schiedsvertrage können nun die Parteien den Weg zur Entscheidung dem Schiedsrichter mehr oder weniger umgrenzt vorschreiben. Soweit sie nun hierdurch ein willkürliches Einwirken auf die Grundlage des Schiedsspruches haben, kommen die vertraglichen Bestimmungen der Parteien; die zu beachten das Rezeptum verpflichtet, für die Beurteilung auch der Haftungsfrage in Betracht. Dies wird insbesondere aber unter Berücksichtigung des Momentes der Kenntnisnahme der Sachlage durch eine für das Institut der Schiedsrichter besonders wichtige Entscheidung des Reichsgerichts beleuchtet.[5]) Die Entscheidung ist zwar unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts ergangen, aber auch für das heutige Recht noch von hervorragender Bedeutung. Sie sei deshalb kurz ihrem Inhalte nach wiedergegeben.

Nachdem das Reichsgericht zunächst die rechtliche Natur des Rezeptum untersucht hat und dabei zu dem Schlusse gekommen ist, dass es ein nach seinem Inhalte und Gegenstande eigenartiger Vertrag sei, der, soweit nicht ausdrückliche Bestimmungen entgegenständen, eine besondere Beurteilung erheischt, kommt es zu einem Vergleich zwischen der Tätigkeit des Richters und der des Schiedsrichters. Durch den Vertrag werde der Schiedsrichter von den Parteien in die Stellung des vom Staate

[1]) S. 78.
[2]) S. 264.
[3]) Vorbemerkungen 5 zu § 1025.
[4]) Bd. XXXXI S. 251 ff. und Bd. LXV S. 175.
[5]) Bd. XXXXI S. 251 ff.

bestellten Richters erhoben. Er habe nunmehr unabhängig, wie der Richter, zu entscheiden und zu diesem Behufe im wesentlichen dieselbe geistige Tätigkeit zu entfalten wie dieser, nur dass, sofern der Schiedsvertrag und das Rezeptum nicht besondere Schranken setzen, die Stellung des Schiedsrichters gegenüber dem materiellen und Prozessrechte eine viel freiere sei, als die des Staatsrichters. Damit vertrage sich aber die Haftung des Schiedsrichters wegen Versehens, auch wegen groben Versehens nicht. Auch er solle und müsse möglichst unbefangen und frei von der Furcht, nach Abgabe des Schiedsspruches in Anspruch genommen zu werden, seine Aufgabe erfüllen können. Die Parteien seien bezüglich des Verfahrens durch §§ 867 ff. Z. P. O. (jetzt §§ 1041 ff.) geschützt. Hierzu komme, dass die Reichsgesetze die richterliche und schiedsrichterliche Funktion, das gerichtliche Urteil und den Schiedsspruch in einigen wichtigen Beziehungen auf gleicher Linie behandelten. Es wird dann vom Reichsgericht auf diese Beziehungen hingewiesen, so die §§ 867 Ziffer 6 Z. P. O. (jetzt § 1041 Ziffer 6), 858 Z. P. O. (jetzt § 1032) und die §§ 334—336 Str. G. B.

Aus diesen Erwägungen folgert das Reichsgericht, dass ein Schiedsrichter in Beziehung auf seinen Spruch, wo nicht aus positiven gesetzlichen Bestimmungen eine weitergehende Haftung zu entnehmen sei, von den Parteien nur unter denselben Voraussetzungen in Anspruch genommen werden könne, wie der Richter. Für das preussische Recht also nur dann, wenn er vorsätzlich das Recht beuge.

Hieraus ersieht man, dass die von Matthiass vertretene Theorie mit der von Delius, Weismann, Seuffert und dem Reichsgericht vertretenen zum selben Resultat führt.

Wie ist es nun unter dem Bürgerlichen Gesetzbuch geworden! Es erwähnt ja den Schiedsrichter in 2 Paragraphen, nämlich den §§ 220 und 1822 Nr. 12, ohne jedoch irgendwie eine Regelung des Institutes vorzunehmen. Die hat es nicht für erforderlich gehalten, wie aus den Motiven hervorgeht.[1]) Es heisst dort:

[1]) Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II Seite 657.

„Der Entwurf übergeht den Schiedsvertrag, und hat ihn zu übergehen, weil die Vorschriften der Z. P. O. §§ 851—872 (jetzt §§ 1025—1048) vollkommen genügen. Es bedarf auch rücksichtlich des Vertrages, welcher die Uebernahme der schiedsrichterlichen Pflichten zum Gegenstande hat (sogen. Rezeptum), besonderer Bestimmungen nicht. Nach dem Prinzip des Entwurfes sind beide Verträge formfrei."

Averdick[1]) stellt hierzu unter Berufung auf Foerster-Eccius,[2]) Bornhack,[3]) Dernburg[4]) und Meltz[5]) folgenden Satz auf:

„Aus den Vorschriften der Z. P. O. folge, dass ein Vertrag zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter überhaupt nicht mehr anzunehmen sei."

Wie bereits im § 3 ausgeführt, ist dieser Satz unhaltbar mit Rücksicht auf § 1033 Z. P. O., wo ausdrücklich vom Vertrage die Rede ist. Wir haben also auch heute noch bei der Feststellung der Haftung die vertragliche Seite zu berücksichtigen. Nehmen wir lediglich auf die letztere Rücksicht, so würden die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Haftung aus Verträgen in Anwendung zu bringen sein, also § 276 B. G. B. Der Schiedsrichter würde danach Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten haben und wir hätten es dann mit einer erweiterten Haftung zu tun, die auf das Mass der durch die erste Theorie vertretenen Ansicht heranreicht; denn unter Fahrlässigkeit verstehen wir die Vernachlässigung einer Sorgfalt, zu deren Anwendung eine Person verpflichtet ist. Grundsätzlich wird ein durch gewisse allgemein feststehende Umstände bestimmtes Mass von Sorgfalt verlangt, deren Vernachlässigung culpa in abstracto heisst. Definieren wir hiernach culpa in abstracto oder Fahrlässigkeit schlechthin, so ergibt sich dafür die Ausserachtlassung der nach den Grundsätzen des verständigen Verkehrs erforderlichen Sorgfalt. Erforderlich ist grundsätzlich die Betätigung einer Sorgfalt und Voraussicht, wie sie ordentliche normale Menschen in Rechtsverhältnissen der in Frage stehenden Art

[1]) S. 58.
[2]) Bd. I S. 246.
[3]) S. 37/38.
[4]) Pand. Bd. I § 142.
[5]) S. 72.

anwenden sollten, ohne dass es auf die Zugehörigkeit des Handelnden zu bestimmten Klassen ankommt.

Bei der Haftung auf rein kontraktlicher Basis müssten wir auch für den Schiedsrichter dies feststellen. Doch damit wäre dem ganzen schiedsrichterlichen Verfahren nicht gedient. Mit so weitgehender Haftung verträgt sich die Stellung des Schiedsrichters nicht, dem unbedingt auch heute noch die Stellung eines mit besonderen Befugnissen ausgestatteten ordentlichen Richters zukommt.

Die am meisten in der Literatur vertretene Meinung[1]) will nun den § 823 B. G. B. auf den Schiedsrichter anwenden. Sie schliesst sich also im Prinzip der zweiten Theorie an, die nur eine Haftung auf deliktischer Basis anerkennt. Ich halte dies für durchaus verfehlt. Das unterliegende Vertragsverhältnis, um das wir heute nicht herumkommen und das für das heutige Recht wiederholt vom Reichsgericht anerkannt und festgestellt ist, wird nicht berücksichtigt, und ausserdem wäre die Haftung genau dieselbe wie aus § 276 B. G. B. Denn auch hier würde den Schiedsrichter Fahrlässigkeit bei der Fällung des Spruches schadenersatzpflichtig machen. Alle, die den § 823 B. G. B. angewendet wissen wollen, verwerfen nun eine Haftung aus dem § 839 Abs. 2 B. G. B., der modernen Syndikatslage, auf das Schärfste. Sie gehen davon aus, dass der § 839 infolge seiner Entstehungsgeschichte nur eine strikte Interpretation zulasse; da der Schiedsrichter, wie auch ich zugebe, kein Beamter sei, könne diese Bestimmung ihm nicht zu gute kommen.

Das Reichsgericht hat nun im Bande LXV Seite 175 für das heutige Recht eine Entscheidung erlassen, die insofern von Bedeutung ist, als sie die Haftung des Schiedsrichters auf dasselbe Mass wie die des Spruchrichters beschränkt, ihn also nur für Vorsatz haften lässt. Von einer Anwendung des § 839 Abs. 2 B. G. B., selbst im Wege der Analogie, will das Reichsgericht jedoch nichts wissen. Es kommt zu seinem Ergebnis, dem ich als solchem vollkommen beitrete, in folgender Weise.

---

[1]) Hüssener S. 30, Averdick S. 64 ff., Meltz S. 71, Kirbach S. 52/53, Dock S. 267, Linckelmann S. 104, Planck Anm. 2 zu § 839, Oertmann Anm. 2a zu § 839, Staudinger Anm. zu § 839.

Der Schiedsrichter, dem die Streitteile die Entscheidung ihres Rechtsstreites anvertraut, dem sie gegen sich die Stellung des ordentlichen Richters ohne weiteren Vorbehalt geboten haben, ist bei der Ausrichtung seiner Tätigkeit zu der Voraussetzung berechtigt, dass er für seinen Schiedsspruch nicht über die Grenzen verantwortlich gemacht werde, die der Verantwortlichkeit des Staatsrichters gesetzlich gestellt sind. Die Streitteile, die die Berechtigung solcher Voraussetzung füglich nicht verkennen können, müssen die Folgerung gegen sich gelten lassen, dass sie, wenn sie den Schiedsrichter ohne Vorbehalt bestellen, stillschweigend in die beschränkte Haftung ihrerseits einwilligen und durch den Vertrag mit ihm seine Vertretungspflicht in Abweichung von der allgemeinen kontraktlichen Haftungsregel bestimmen.

Bin ich nun mit diesem Endergebnis vollkommen einverstanden, so muss ich dem widersprechen, dass die Anwendung des § 839 Abs. 2 auf den Schiedsrichter unzulässig sei.

Averdick gebe ich Recht, wenn er eine strikte Interpretation dieser Bestimmung verlangt. Dem Reichsgericht kann ich aber nicht beitreten, wenn es die analoge Anwendung verneint. Zunächst möchte ich die Fragen erörtern, ob da, wo eine extensive Interpretation nicht statthaft ist, die Analogie noch zulässig ist.

Die Rechtsanwendung erfolgt durch die Unterstellung der Tatbestände des Lebens unter eine Rechtsnorm. Keine Rechtsnorm kann nun die Fälle erschöpfend aufzählen, die sie ordnen will. Hier muss die Auslegung eintreten. Auslegung bedeutet die Bestimmung des Inhalts und der Tragweite einer Rechtsnorm zur Ermöglichung der Feststellung, ob ein bestimmter Tatbestand seine rechtliche Regelung durch jene Rechtsnorm erhalten müsse oder nicht. Dies will Averdick für den § 839 Abs. 2 B. G. B. im Hinblick auf seine Entstehungsgeschichte nur strikte zulassen. Nun gibt es aber vielfach Tatbestände, die sich keinem Rechtssatze unterordnen lassen, wo manchmal sogar eine extensive Interpretation versagt. Denn eine solche kann nur den über die Worte hinausgehenden wirklichen Inhalt des Rechtssatzes herausfinden, nicht aber seine Anwendung auf Fälle ermöglichen, die der Gesetzgeber ihm unzweifelhaft nicht hat unterstellen wollen. Andererseits kann der Zivilrichter die Entscheidung eines ihm unter-

breiteten Tatbestandes nicht mit der Begründung ablehnen, dass für ihn keine Rechtsnorm zutrifft. In solchen Fällen hilft die Analogie, d. h. die Anwendung einer für einen Tatbestand gegebenen Norm auf einen anderen aber gleichartigen Tatbestand (Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio). Wir können also Averdick gegenüber feststellen, dass da, wo die extensive Interpretation versagt und nur eine strikte zulässig ist, die Analogie helfend eingreifen kann und daher statthaft ist.

Eine solche Ausdehnung des § 839 Abs. 2 B. G. B. im Wege der geschilderten Rechtsanwendung erscheint dem Reichsgericht weiterhin aber aus dem Grunde hier nicht angebracht, weil der Ausdehnung das Wesen des § 839 Abs. 2 als Sondervorschrift entgegenstehe, die zwecks Sicherung der zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung unentbehrlichen Unabhängigkeit der Gerichte getroffen, auf dem Prinzip beruhe, das bei Ausübung der schiedsrichterlichen Funktionen nicht zutreffe.

Wir hätten uns also weiter damit zu befassen, ob die analoge Anwendung einer Sondervorschrift zulässig ist. Ich möchte diese Frage bejahen und berufe mich dabei auf keine Geringeren als Windscheid und Dernburg. So sagt der erstere:[1]) Man müsse auch die ausdehnende Auslegung im weiteren Sinne (Analogie) bei Sonderrechten zulassen, sonst würde man die Analogie überhaupt in Frage stellen. Dernburg schliesst sich dem vollkommen an und sagt:[2]) Wenn historische Anomalien auch keine Ausdehnung oder gar analoge Anwendung zuliessen, so würde dies mit Unrecht auch auf Sonderrechte, die ihren besonderen rationellen Grund hätten, bezogen. Die in diesen liegenden Gedanken seien voll und ganz durchzuführen, wie es auch bei den Römern durchweg, beispielsweise mit dem S. C. Velleianum geschehen sei.

Danach hindert der Charakter des § 839 Abs. 2 B. G. B. als Sonderbestimmung nicht seine Anwendung auf verwandte Rechtsverhältnisse bei Gleichheit des Grundes. Ist der nun hier vorhanden? Das wird von keinem Gegner bestritten werden können. Wenn der Schiedsrichter auch nicht Beamter ist wie

[1]) Pand. Bd. I S. 72 Anm. 3.
[2]) Pand. Bd. I S. 72.

der Spruchrichter, so hat er doch ein Amt und eine Amtspflicht, die ihm dieselbe Verpflichtung wie jenem auferlegt. Auch er hat ein Urteil wie der ordentliche Richter, durch Unterordnung des Tatbestandes unter die Rechtssätze zu fällen. Die geistige Tätigkeit beider ist die gleiche, beide sollen unbefangen und unparteiisch die Rechtslage prüfen und ihren Ausspruch abgeben. Hinzu kommt die Einreihung des ganzen Schiedsrichterinstitutes in die Z. P. O., die Vergleichung des Schiedsrichters dortselbst mit dem ordentlichen Richter bezüglich der Ablehnung und die Voraussetzungen zur Anstellung der Restitutionsklage und endlich die gemeinsame Behandlung von Richter und Schiedsrichter im Strafgesetzbuch. Daraus erhellt m. E. zur Genüge, dass die Erfordernisse der Analogie in vollkommener Weise vorliegen. Ich möchte fast von einem Schulbeispiel einer solchen sprechen.

Im übrigen erscheint mir die Deduktion des Reichsgerichts im Band LXV etwas sehr umständlich und gewagt. Das Reichsgericht spricht davon, wenn die Parteien den Schiedsrichter vorbehaltlos bestellen, so beruhe hierauf die stillschweigende Einwilligung der Parteien in die beschränkte Haftung. Daraus liesse sich schliessen, dass die Parteien mit dem Schiedsrichter eine unbeschränkte Haftung bei der Bestellung vereinbaren könnten, sofern die letztere eben nicht vorbehaltlos ist. Dadurch würde aber m. E. die ganze Stellung des Schiedsrichters als richterliche Person in Frage gestellt, und wo würde sich dann in der Praxis jemand finden, der ein Schiedsrichteramt annimmt mit solch scharfer Haftung. Man wird nach alledem nicht umhin können, die Haftung des Schiedsrichters analog aus § 839 Abs. 2 B. G. B. zu folgern, zumal weder die Entstehungsgeschichte dieser Norm noch ihr Charakter als Sonderbestimmung die Anwendung im Wege der Analogie verbieten. Wir stehen ja nicht mehr auf dem Boden des älteren römischen Rechts mit seiner starren Wortinterpretation. In unserem heutigen bewegten, einem beständigen Wechsel unterliegenden Leben werden sich stets neue Verhältnisse bilden, die der rechtlichen Entscheidung bedürftig sind, immer neue Fragen auftreten, die einer Lösung harren. Mögen die Gesetze noch so zahlreich sein und noch so kasuistisch in die Einzelheiten eingehen, nie werden sie eine solche Vollständigkeit erreichen, dass sie für jede Frage eine Antwort bereit haben,

und doch darf der Richter eine Entscheidung nie damit ablehnen, dass es an einer Entscheidungsnorm fehle. Wenn die Motive nun ausdrücklich die Regelung des schiedsrichterlichen Institutes abgelehnt haben, weil sie die Bestimmungen der Z. P. O. für ausreichend hielten, bleibt zur Ausfüllung dieser Lücke, da die extensive Interpretation versagt, die Analogie, wenn sie auch ein ultimum refugium ist, allein übrig.

## § 7.

### Beendigung des Rezeptum und Schlussbemerkung.

Allgemein wird die Tätigkeit der Schiedsrichter mit der Entscheidung des Rechtsstreites durch Fällung des von den Schiedsrichtern unterschriebenen, zugestellten und niedergelegten Schiedsspruchs beendigt (§ 1039 Z. P. O.). Weiter erlischt das Rezeptum durch den Tod des Schiedsrichters. Ist er im Schiedsvertrage ernannt, so tritt nach § 1033 Ziffer 1 Z. P. O. auch dieser ausser Kraft. Andere durch die Z. P. O. festgelegte Beendigungsgründe finden wir in den §§ 1031 und 1033 Z. P. O. Hierzu wird bemerkt, dass die im § 1033 Z. P. O. enthaltenen Beendigungsgründe die unbedingte Beendigung des Rezeptums und des Schiedsvertrages nach sich ziehen, da vorausgesetzt ist, dass die Schiedsrichter im Schiedsvertrage ernannt sind. Im übrigen sind die Gründe in § 1031 und § 1033 Ziffer 1 sich gleich bis auf den gemäss § 1033 zulässigen Rücktritt des Schiedsrichters vom Vertrage. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob der Rücktritt grundlos oder aus berechtigten Gründen erfolgt. Er ist auch nicht an eine zeitliche Grenze gebunden und kann deshalb bis zur Zustellung oder Hinterlegung des Schiedsspruches erfolgen.[1]) Dass bei arglistigem Rücktritt den Parteien ein Schadenersatzanspruch gegeben ist, ist selbstverständlich.[2])

Für die im § 1031 Z. P. O. angegebenen Gründe ist nicht ohne weiteres die Beendigung des Rezeptum, abgesehen vom Tode eines Schiedsrichters, anzunehmen. Der Schieds-

[1]) R. G. Bd. XVIII S. 369, Bd. XXXVII S. 412.

[2]) R. G. Bd. XXXVII S. 412, vergl. auch die Ausführungen auf Seite 28.

vertrag tritt ja nicht ausser Kraft, und den Parteien ist es nach den im § 4 gemachten Ausführungen frei gestellt, ob sie auf Erfüllung des Rezeptum klagen oder einen neuen Schiedsrichter ernennen wollen. Nur im letzteren Falle endigt das Rezeptum, um einem neuen Platz zu machen.

Hieran möchte ich noch kurz einige Betrachtungen über die Zweckmässigkeit des schiedsrichterlichen Instituts schliessen. Viele Schriftsteller haben ihm einen praktischen Wert abgesprochen.[1]) Ich kann ihnen nicht ganz widersprechen im Hinblick darauf, dass die Menge dispositiver Vorschriften im zehnten Buch der Z. P. O. und vor allen Dingen die fehlende Regelung des Rezeptum den Parteien leicht verhängsvoll werden kann. Andererseits muss aber zugegeben werden, dass das schiedsrichterliche Verfahren hier und da doch seine Vorzüge haben dürfte. Man bedenke nur, dass manche oft schwierige und komplizierte Beweisführung durch Sachverständige vor den ordentlichen Gerichten durch Berufung eines Schiedsgerichtes vermieden werden kann, weil die Schiedsrichter gerade die dem Staatsrichter abgehende notwendige Sachkenntnis hinsichtlich des Streitgegenstandes besitzen. Die Behauptung Averdicks,[2]) dass eine solche Sachverständigenbeweisführung heute infolge Vorhandenseins gerichtlich bestellter Sachgutachter, die ein und für allemal vereidigt seien, vor den ordentlichen Gerichten nicht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sei und eine sichere Gewähr für eine genaue Beweisaufnahme böte, ist durchaus nicht zutreffend. Es ist noch immer ein grosser Unterschied, ob eine Streitigkeit durch einen sachverständigen Schiedsrichter oder durch einen erst durch Sachverständige zu belehrenden ordentlichen Richter entschieden wird. Auch ist der Umstand von Bedeutung, dass die materiell rechtliche Entscheidung durch ein Schiedsgericht in der Regel eine weit schnellere sein wird, als durch das Staatsgericht. Der Schiedsspruch hat sofort die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils unter den Parteien, und wenn ihm auch noch die formell

[1]) So Puchta, Das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und nach seiner Brauchbarkeit für Abkürzung und Minderung der Prozesse. Mayer S. 117 ff. spricht ihm jede Existenzberechtigung ab. Averdick S. 91 ff.

[2]) S. 93.

autoritative Bedeutung eines staatlichen Urteils fehlt, so muss ihm diese notwendigerweise durch das Vollstreckungsurteil erteilt werden, wenn er in gesetzlicher Weise zustande gekommen ist. Es wird daher lediglich an den Parteien liegen, darauf zu sehen, dass der Schiedsvertrag in klarer, bestimmter Form abgefasst ist und die Schiedsrichter keine der gesetzlichen Vorschriften des zehnten Buches verletzen. Dann hat das Schiedsgericht doch noch eine nicht zu unterschätzende praktische Bedeutung.